

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIA GABRIELA GRINGS

IMPRENSA E ÔNUS DA PROVA NO CASO ESCOLA DE BASE

CURITIBA  
2010

MARIA GABRIELA GRINGS

IMPrensa e Ônus da Prova no caso Escola de Base

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Profº Doutor Rodrigo Xavier Leonardo  
Co-orientador: Profº Doutor Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA  
2010

À minha mãe, guerreira que com o esforço de uma vida fez com este momento fosse possível. Pela compreensão ante as ausências advindas das horas de estudo e isolamento, pelo ouvido amigo na dúvida, mas principalmente pelo amor incondicional.

Ao Gustavo, rocha firme que com amor, carinho e paciência infinita me auxiliou nos momentos de incerteza e fraqueza diante das encruzilhadas e dificuldades surgidas no decorrer do trabalho. Meu amor é seu.

Aos amigos de Faculdade pela convivência diária, pelo auxílio-mútuo nos momentos de dificuldade e por fazerem destes anos uma doce memória.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Rodrigo Xavier Leonardo, mestre que nestes anos de convivência além de transmitir saber jurídico em sala de aula e em conversas pelos corredores da Faculdade, muito me auxiliou nas dúvidas existenciais de quase formada. Obrigada pela paciência!

Ao Professor Sérgio Cruz Arenhart, mente inteligente e perspicaz que com suas aulas me instigou ao processo civil. Doutrinador cujos estudos nortearam o tema da prova neste trabalho.

Ao Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná Roberto De Vicente pela oportunidade de anos de aprendizagem prática, pelo exemplo de figura de Magistrado e pelo incentivo à formação acadêmica plena, apesar do tempo que ela exige.

Aos colegas de gabinete Cedric, Francisca, Majoe e Renato pela compreensão e apoio.

A Carolina E. C. da Costa por uma década de amizade, pelo auxílio no mar desconhecido do jornalismo e pela correção ortográfica deste “monstro”!

A Desi Alessandrini pelo auxílio na tradução correta das citações em italiano.



## RESUMO

Direitos ligados ao aspecto mais essencial da pessoa – e que apenas no século passado passaram a ser estudados e previstos na legislação nacional –, os direitos de personalidade compõem ainda uma categoria permeada pelo novo e pela incerteza, especialmente nas situações de conflito entre direitos desta mesma espécie.

A democracia e o constitucionalismo trouxeram o já clássico embate entre direitos de personalidade e a liberdade de expressão. A retirada do sistema jurídico da Lei de Imprensa no ano de 2009 pelo julgamento da ADPF 130-7 pelo Supremo Tribunal Federal, ao invés de trazer soluções – expurgando do ordenamento apenas as normas incompatíveis com o texto constitucional de 1988 –, deixou lacuna jurídica em temas importantes antes previstos somente na Lei 5.250/67, e que, até o momento, ainda se encontram sem solução.

A discussão acerca do conceito de verdade e da capacidade humana de apreendê-la que permeia diversos ramos do saber, também se faz presente nas teorias jornalísticas e no direito processual, sendo ela fundamental para a verificação, no caso concreto, da observância dos deveres profissionais por parte do jornalista e também na definição do objeto da prova buscada pelo processo.

Em situações envolvendo esta categoria tal particular de direitos o Magistrado zeloso e atento à efetividade da prestação jurisdicional deve – seja através da técnica inibitória seja mediante a compensação em pecúnia, nos casos onde o dano se materializou –, gerenciar o ônus da prova de forma diversa à prevista no Código de Processo Civil fazendo uso das modernas teorias de modificação do ônus probatório.

O triste e simbólico caso conhecido como “Escola de Base”, os acórdãos da Apelação Cível com Revisão 463.820-4/4-00 e os Embargos Infringentes 463.820-4/6-01 proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo relativos a ele foram analisados a fim de verificar como os Tribunais têm resolvido o embate entre um direito de personalidade e a liberdade comunicativa e como o ônus da prova foi e deveria ter sido entendido pelos julgadores.

Palavras-chave: Direitos de Personalidade. Liberdade de Expressão. Ônus da Prova. Teorias de Modificação do Ônus da Prova. Caso Escola de Base.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07/08
--------------------	-------

<b>Capítulo 1 – O DIREITO CIVIL E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....</b>	<b>09</b>
---	-----------

Capítulo 1.1 – DIREITOS DE PERSONALIDADE E SUA TUTELA.....	09
---	----

Capítulo 1.2 – A LIBERDADE DE IMPRENSA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	28
---	----

<b>Capítulo 2 – PROVA CIVIL E ÔNUS DA PROVA.....</b>	<b>45</b>
--	-----------

Capítulo 2.1 – CONCEITOS DE PROVA E DE ÔNUS.....	45
--	----

Capítulo 2.2 – MODIFICAÇÕES DO ÔNUS DA PROVA.....	54
---	----

Capítulo 2.3 - VERDADE PROCESSUAL E VERDADE JORNALÍSTICA.....	64
---	----

<b>Capítulo 3 – EMBATE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>79</b>
---	-----------

Capítulo 3.1 – DO CONFLITO ENTRE NORMAS E ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	79
---	----

Capítulo 3.2 – CONFLITO ENTRE DIREITOS DE PERSONALIDADE E A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO: O CASO ESCOLA DE BASE.....	86
---	----

Conclusão.....	97/98
----------------	-------

Referências.....	99/103
------------------	--------

Anexos.....	104
-------------	-----

Anexo I – TJSP - APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO 463.820-4/4-00.....	105/138
---	---------

Anexo II – TJSP - EMBARGOS INFRINGENTES 463.820-4/6-01.....	139/154
---	---------

## INTRODUÇÃO

Os últimos séculos e os seus acontecimentos trouxeram transformações importantes para o direito civil e para o processo civil, que viram o nascimento de direitos até então não sistematizados e estudados como os direitos de personalidade e a necessidade de tutelá-los de forma diversa da tutela até então prestada.

Neste viés, no direito civil tanto a despatrimonialização quanto a constitucionalização confluíram – apesar de se tratarem de fenômenos distintos, mas que ocorreram quase que concomitantemente no Brasil –, para o mesmo objetivo: a humanização das relações privadas.

Essa valorização da pessoa se deu principalmente através dos chamados direitos de personalidade, direitos estes que tutelam os aspectos mais importantes da pessoa, considerada tanto em seu valor como sujeito, quanto no seu convívio social.

A liberdade comunicativa para além de servir como meio de expressão individual e coletiva e de instrumento divulgador de fatos, idéias, cultura e de fiscalizador do poder é, muitas vezes, utilizada com abuso, lesando outros direitos de personalidade, não sendo raras às vezes em que o conflito entre estes dois direitos bate às portas do Judiciário.

A fim de analisar a real ocorrência da lesão trazida em juízo, o Magistrado faz uso dos meios de prova, instrumentos capazes de trazer ao processo os fatos alegados pelas partes.

A forma mediante a qual o ônus probatório está previsto no Código de Processo Civil nem sempre tutela satisfatoriamente todas as situações de fato, sendo necessária a abordagem de formas diversas de distribuição do ônus da prova.

Questão importante trabalhada neste estudo e que influencia sobre maneira na função da prova e na distribuição do ônus probatório é o conceito de verdade, o debate acerca da capacidade humana de encontrá-la e a influência do labor humano na sua apreensão, problemática muito estudada pelas diversas teorias jornalísticas expostas, nas quais a influência do jornalista e de fatores outros, sobre o produto jornalístico, a notícia, é tema de intensas discussões.

Contudo, não é apenas por meio de um gerenciamento diferenciado do ônus probatório que o Magistrado poderá verificar, dentro das possibilidades cognoscitivas humanas, a ocorrência das afirmações das partes, existindo critérios

específicos para o caso de conflito entre direito de personalidade e a liberdade de expressão como, por exemplo, a veracidade dos fatos divulgados, o interesse público e correção do meio empregado, além da técnica da proporcionalidade, utilizada nos embates entre direitos fundamentais, tais como os direitos de personalidade.

Nessas situações deve o Julgador, além de verificar se a lesão ocorreu de fato, prestar a melhor tutela ao direito ofendido, sempre que possível mediante a tutela inibitória, em detrimento da compensação em dinheiro.

Por fim, utilizando-se de situação real, o caso “Escola de Base”, se buscou verificar como os Julgadores têm trabalhado na prática com todas essas questões.

## CAPÍTULO 1 – O DIREITO CIVIL E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

O direito civil do qual desce o aplicado hodiernamente tem em suas origens históricas um legado de maior proteção ao patrimônio do que à pessoa e aos direitos mais elementares a ela inerentes. A famosa expressão por muitos utilizada: a tutela do *ter* em detrimento do *ser* é o espelho de um longo período do direito privado, especialmente do direito civil.

Contudo, pode-se dizer que um movimento lento e gradual iniciado no fim do século XIX e que ganhou força após a primeira metade do século XX alterou radicalmente o direito civil. Diversos acontecimentos históricos, sociais e econômicos influíram decisivamente para que o direito como um todo se voltasse para a valorização da pessoa, colocando-a no centro do ordenamento jurídico como o valor que deveria nortear todas as demais normativas, incluídas no alcance da expressão tanto os princípios quanto as regras.

Este é o direito civil atual que sem abrir mão de seus institutos milenares – ou pelo menos da maioria deles –, e de seus conhecimentos lapidados durante os séculos, se adaptou aos novos tempos e hoje é capaz não somente de reconhecer a importância da pessoa e dos direitos de personalidade, como também de aprimorar a tutela dada a esses direitos, uma tutela capaz de acompanhar as rápidas transformações características do tempo presente.

### CAPÍTULO 1.1 – DIREITOS DE PERSONALIDADE E SUA TUTELA

Devido ao caráter muitas vezes aberto, por estarem ligados aos direitos mais essenciais do homem, e pela ausência ou escassa tipificação, os direitos de personalidade formam uma categoria de direitos que há muito – mais especificamente desde a metade do século XIX –, vem sendo discutida pela doutrina e pela jurisprudência do direito continental da *Civil Law*.

Atualmente não se tem mais dúvidas que além de existirem, os direitos de personalidade independem de tipificação. De igual modo é inconteste a necessidade de que um Estado, para ser adjetivado com a expressão “Democrático de Direito” deve não somente pautar suas condutas em conformidade com seus princípios

fundadores – entre os quais o que pressupõe a uma forma de governo que coloca a pessoa humana em destaque –, mas também tutelar toda e qualquer ameaça de lesão ou o próprio dano, praticado por entes públicos ou privados contra essa classe tão especial de direitos.

### 1.1.1 – DIREITOS DE PERSONALIDADE – ASPECTOS GERAIS

Não há no direito uma definição precisa<sup>1</sup>, e menos ainda unânime, do que seriam, exatamente, os direitos de personalidade e quais direitos poderiam ser incluídos nessa categoria.

Pode-se, contudo utilizar a famosa expressão de ADRIANO DE CUPIS de que:

existem direitos sem os quais a personalidade restaria em uma atitude completamente insatisfeita, privada de qualquer valor concreto; direitos desacompanhados dos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo: a ponto de chegar-se a dizer que, se esses não existissem, a pessoa não seria mais a mesma<sup>2</sup>.

Há, porém um consenso mínimo<sup>3</sup> dos direitos que podem ser considerados como direitos de personalidade, tais como o direito à vida, à integridade física, ao nome, à imagem, à liberdade, à honra, aos direitos autorais e à privacidade<sup>4</sup>.

As características mais elementares e distintivas dos direitos de personalidade seriam: a generalidade – para alguns denominada de direito inato –, a

---

<sup>1</sup> EROULTHS CORTIANO JUNIOR expõe de forma poética que: “Esta categoria de direitos é plena de inquietações e dúvidas. Sua obscuridade ainda permeia os estudos. Sua sutileza ainda assombra os juristas. Sua amplitude desorienta a doutrina. Sua dimensão assusta a jurisprudência. Sua existência flexibiliza e desestabiliza o direito civil, com repercussões por todo o direito”. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns Apontamentos Sobre os Chamados Direitos de Personalidade. Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo/ Luiz Edson Fachin (coord)– Rio de Janeiro, Renovar, 1998. p. 42.

<sup>2</sup> In FACHIN, Edson Luiz. Direito Civil, Direito Patrimonial e Direito Existencial. Flávio Tartuce e Ricardo Castilho (coord)– São Paulo, Método, 2006 p. 626

<sup>3</sup> Verificado através da análise feita pelo profº ELIMAR SZANIAWSKI das diversas classificações dos direitos de personalidade. SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e a sua Tutela. 2ªed. - São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. 88/90 e 227/228.

<sup>4</sup> A privacidade aqui entendida em sentido amplo podendo compreender a intimidade, o segredo e a vida privada, e outras derivações da esfera íntima, já que a extensão da expressão varia de autor para autor, querendo-se aqui apenas afirmar que a porção privada da vida do indivíduo também é considerada como um direito de personalidade.

extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade<sup>5</sup>.

Muito se discute se os direitos de personalidade seriam direitos inatos<sup>6</sup>, isto é, inerentes a todos os homens independentemente do reconhecimento estatal, ou se seriam direitos advindos da positivação e, portanto, cambiantes conforme a realidade social<sup>7</sup>.

O objetivo do presente trabalho não é um estudo aprofundado das minúcias do tema, entendendo-se que basta que se traga a baila a existência da controvérsia e que em lados opostos se encontram grandes estudiosos do assunto.

#### 1.1.2 – OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NAS NORMAS SUPRANACIONAIS E NA CONSTITUIÇÃO - O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CLÁUSULA GERAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Os direitos ligados à personalidade humana, inerentes a própria definição de pessoa foram objeto de várias normas internacionais. As mais importantes delas são: a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1949; a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950; a Resolução 2.450/68 da Assembléia das Nações Unidas de 1968; o Pacto de São José da Costa Rica de 1969 e a 17ª Convenção de Haya de 1993<sup>8</sup>.

O sistema jurídico brasileiro através dos §§ 1º a 4º do artigo 5º da Constituição Federal, além de dispor que os direitos e garantias individuais nela previstos possuem aplicação imediata, também traz previsão de que esses não excluem aqueles previstos em tratados internacionais dos quais o país seja signatário.

---

<sup>5</sup> SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p.180; ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000 p.68; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Rio de Janeiro, Renovar, 2004 p. 33.

<sup>6</sup> SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p.241

<sup>7</sup> Segundo SZANIAWSKI, ADRIANO DE CUPIS se posicionaria de acordo com o entendimento que são direitos que necessitariam de positivação para a sua existência e validade . Ob cit p. 81 e 241

<sup>8</sup> SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p.118.

Além do mais, os mesmos dispositivos constitucionais trazem o entedimento de que os direitos garantidos em textos internacionais versando sobre direitos humanos que seguirem o procedimento legislativo lá descrito – aprovação nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros de cada Casa – terão força de emenda constitucional.

Por fim o § 4º do artigo em comento ainda atesta a submissão do país a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o que faz com que as normas internacionais incorporadas ao nosso ordenamento jurídico também possam tutelar os direitos de personalidade na mesma medida que as demais normas que compõem o sistema.

A nossa Constituição de 1988 é um marco de importância impar na legislação nacional no que diz respeito aos direitos de personalidade. Primeiramente por trazer entre os princípios fundadores da Federação a cidadania e a dignidade da pessoa humana no artigo 1º, incisos II e III, respectivamente, e em um segundo momento por dispor acerca de vários direitos de personalidade, com destaque ao artigo 5º, que será posteriormente comentado<sup>9</sup>.

Sendo o tema deste estudo os direitos de personalidade, o foco recai naturalmente sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, que é considerado como a cláusula geral dos direitos de personalidade<sup>10</sup>, ou seja, como a disposição normativa a partir da qual todos os direitos de personalidade possuem proteção, estejam eles tipificados ou não.

---

<sup>9</sup> *Idem, ibidem*, p.136 em que o autor afirma que a Constituição de 1988 não foi pioneira no tratamento constitucional dos direitos de personalidade, pois a Constituição de 1967 no artigo 153, através da Emenda 1/69 já tutelava “direitos especiais de personalidade”. A Constituição de 1988 se destacaria pela tutela dada e pela inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana e pela posição por ele ocupada no texto. Para FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ e JOSÉ DE OLIVEIRA ao tempo em que escreveram o artigo em questão (1980) não existiria “entre nós, nem efetiva consagração nem efetiva tutela dos direitos da personalidade. Pouco importa tenha o texto da Carta outorgada em 1969 consagrado longa lista de direitos individuais e sociais: tudo isso se reduz a cinza com a simultânea vigência do AI-5”. MUNIZ, Francisco José Ferreira, OLIVEIRA, José Lamartine de. O Estado de Direito e os Direitos de Personalidade. Revista dos Tribunais, v. 532, fevereiro 1980. p. 20/21.

<sup>10</sup> Apenas para citar alguns exemplos de autores que coadunam com esse posicionamento: FACHIN, Edson Luiz. Direito Civil, Direito Patrimonial e Direito Existencial ob cit p. 630/631; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil- Constitucional Brasileiro. Temas de Direito Civil, 3ª ed. – São Paulo, Renovar, 2004. p. 37; SZANIAWSKI, Elmar, ob cit p.139/144; CORTIANO JUNIOR, Eroulth ob cit p. 46/47; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de, ob cit p. 33; BITTAR Filho, Carlos Alberto. Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais, 2ª Ed. Revista dos Tribunais- São Paulo, 2002 p. 20.



Na linha de raciocínio de SZANIAWSKI chega-se a complicada tentativa de definição da expressão “dignidade”. Em suas palavras:

Um conceito exato de *dignidade* que expresse todo o seu significado é difícil, se não impossível. O conceito de dignidade é fluido, multifacetário e multidisciplinar. O conceito de *dignidade* da pessoa humana é, frequentemente, confundido com o próprio conceito de personalidade. Assim, a *dignidade* da pessoa humana, sob o ponto de vista jurídico, tem sido definida como um atributo da pessoa humana, o “fundamento primeiro e a finalidade última, de toda a atuação estatal e mesmo particular”, o núcleo essencial dos direitos humanos.<sup>11</sup>

Já a dignidade, quando somada à locução “pessoa humana”, transmuta-se no princípio da dignidade humana<sup>12</sup>, que é sinteticamente exposta em seu caráter dúplice por SZANIAWSKI da seguinte maneira:

O *princípio da dignidade* da pessoa humana pode ser vislumbrado sob dois aspectos. De um lado, representa uma qualidade substancial do ser humano, a dignidade como sendo a expressão da essência da pessoa humana e, de outro, o fundamento da ordem política e de paz social, revelando-se uma fonte de direitos.<sup>13</sup>

Como bem esclarece o professor, o constituinte brasileiro, ao contrário do italiano e do alemão, não optou por trazer uma cláusula geral dos direitos da personalidade de maneira explícita, mas sim implícita<sup>14</sup>, presente no inciso III do artigo 1º.

Para o mesmo autor esta qualificação como cláusula geral da pessoa seria decorrente de uma análise sistemática do texto constitucional que, ao eleger o princípio da dignidade da pessoa humana como elementar para a Constituição, pela sua colocação dentro da estrutura da Carta Maior, colocou a proteção à pessoa e

---

<sup>11</sup> SZANIAWSKI, Elimar, ob cit. p. 140.

<sup>12</sup> *Idem, ibidem*, p. 630 para quem o princípio da dignidade da pessoa humana “além de fundamento da República (art. 1º, III), o texto constitucional brasileiro recepciona a dignidade da pessoa humana em outras três ocasiões: (i) como a finalidade assegurada no exercício da atividade econômica, tanto pelo Estado quanto pelos particulares (art. 170, *caput*); (ii) como princípio essencial da família (art. 226, § 7º) e (iii) como direito fundamental da criança e do adolescente (art. 227, *caput*).” *Idem, ibidem*, p. 630.

<sup>13</sup> *Idem, ibidem*, p. 143.

<sup>14</sup> *Idem, ibidem*, 136/137.

aos direitos à ela correlatos como fundamental, “uma vez ser a pessoa natural o primeiro e último destinatário da ordem jurídica<sup>15</sup>”.

A dignidade da pessoa humana seria um supraprincípio<sup>16</sup> ou, em outras palavras, a lente através da qual todo o ordenamento deve ser visto.

Pode-se dizer assim que a estrutura de toda a organização do poderes do Estado e da sociedade privada tem como diretriz central a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>17</sup>.

Retoma-se a questão acerca dos direitos de personalidade que, afora a garantia trazida pela cláusula geral do artigo 1º, inciso III, possuem previsão expressa no texto constitucional.

O artigo 5º da Carta Maior tipifica como direitos de personalidade o direito: à vida; à liberdade<sup>18</sup>; à igualdade; à segurança; à propriedade (todos presentes no *caput*), à integridade psicofísica (inciso III); à imagem e à resposta (inciso V); à livre manifestação do pensamento (inciso IV); à expressão livre da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX); à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (inciso X); à inviolabilidade da residência (inciso XI); à inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e

---

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*, p. 137.

<sup>16</sup> *Idem, ibidem*, p. 141.

<sup>17</sup> Seguindo na lição do grande doutrinador SZANIAWSKI que traz excelente imagem ilustrativa da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os demais princípios constitucionais: “Os princípios constitucionais dispostos na Constituição formam o arcabouço da tutela da pessoa humana em nível constitucional, atuando como um grande sistema de proteção do direito geral de personalidade. Estes princípios constitucionais fundamentais constituem um conjunto de seis grandes pilstras que sustentam o *direito geral de personalidade* brasileiro, informando, também, os direitos especiais de personalidade. Logo, a Constituição brasileira em vigor, edifica o direito geral de personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz, que consiste no princípio da *dignidade* da pessoa humana, que funciona como uma cláusula geral de tutela da personalidade. A pilstra central, a viga mestra, sobre a qual se sustenta o direito geral de personalidade brasileiro, está consagrada no inciso III, do art. 1º da Constituição, consistindo no *princípio da dignidade* da pessoa humana. As outras colunas de sustentação do sistema de tutela da personalidade, consistem no direito fundamental de toda pessoa possuir um *patrimônio mínimo*, previsto no Título II, art. 5º, inciso XXIII e no Título VII, Capítulos II e III; e os demais princípios, consagrados no Título VIII, garantindo, no Capítulo II, a toda pessoa, o exercício do direito à saúde; no Capítulo VI, o direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, a fim de poder exercer seu direito à vida com o máximo de qualidade de vida; e, no Capítulo VII, o direito de possuir uma *família* e de planejá-la, de acordo com os princípios da *dignidade* da pessoa humana e da *paternidade* responsável. Todos estes princípios, segundo podemos constatar, asseguram a tutela da personalidade humana segundo a atuação de uma cláusula geral.” SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p.145.

<sup>18</sup> Também tutelada sob diversos aspectos nos incisos XIII, XV, XVI e XVII no mesmo artigo.

telefônicas (inciso XII); aos direitos autorais (incisos XXVII, XXVIII e XXIX) e ao acesso à justiça (inciso XXXV)<sup>19</sup>.

A discussão acerca da tipificação dos direitos de personalidade, e da proteção advinda a esses direitos através dessa forma de tutela será abordada quando da análise do Código Civil e seus artigos que tratam dos direitos da pessoa. Por ora, entende-se como suficiente a menção à opção constitucional por um sistema misto de tutela, prevendo ao lado da cláusula geral, direitos de personalidade especiais típicos.

### 1.1.3 – A TIPIIFICAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E 2002

Passando-se ao Código Civil de 1916, edificado sobre a ideologia de proteção ao patrimônio e às situações patrimoniais, em um claro apego ao pensamento dominante burguês do século XIX<sup>20</sup> que visualizava os institutos jurídicos funcionalizados para a tutela do *ter*, é possível observar que este não possuía previsão acerca dos direitos de personalidade.

Antes da Constituição Federal de 1988 e do Novo Código Civil, a tutela da personalidade se dava de maneira esparsa, ineficaz e com ausência de sistematização através das Constituições de 1891 a 1969 – que previam, em diferentes graus, direitos e/ou garantias individuais que englobavam alguns direitos de personalidade –, dos Códigos Penais e da legislação extravagante, como, por exemplo, a Lei 4117/62, chamada de Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei 6538/78, que trata das telecomunicações e dos crimes contra o serviço postal, a Lei 5479/69, dispondo sobre a integridade física dos mortos e sua utilização para fins terapêuticos e científicos e, por fim, a Lei 5988/73 que tutela os direitos autorais<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Conforme esquema apresentado por SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p.144.

<sup>20</sup> A exceção apontada por ELIMAR SZANIAWSKI é o nome de Vicente Ferrer Neto Paiva que em suas palavras: “é um dos poucos autores do século XIX que dá o devido valor ao *princípio da dignidade da pessoa humana* como princípio fundamental e informador dos direitos de personalidade”. *Idem, ibidem*, p. 84.

<sup>21</sup> Fora à menção às Constituições, as demais fontes legais foram extraídas de SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p.134

Em conformidade com o exposto anteriormente, com a promulgação da Constituição Federal em 05 de Outubro de 1988 a tutela dos direitos de personalidade sofreu grande inovação, pois além dos direitos especiais tipificados no corpo do artigo 5º houve também a introdução de uma cláusula geral do direito de personalidade, ainda que implícita, no artigo 1º, inciso III.

Assim, no lapso temporal entre a promulgação da Constituição em 1988 e a entrada em vigor do novo Código Civil em 2003 toda a fundamentação para a tutela dos direitos de personalidade deveria ser extraída do texto constitucional.

Com o novo Código Civil e a transformação ocorrida na visão dos juristas acerca da posição e da função do Código, em uma tentativa de acompanhar as enormes mudanças sócio-econômicas ocorridas no último século, passou a existir expressa previsão acerca dos direitos de personalidade.

Muito se critica a tipificação presente no Código atual, que trata dos direitos de personalidade nos artigos 11 a 21. Em tais artigos são especificadas: a tutela do corpo, do nome – e do pseudônimo –, da imagem, da palavra, dos escritos – e da honra, boa fama e respeitabilidade a eles inerentes – e da vida privada, além disso, especificamente no artigo 11, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade são tidas como regras gerais dos direitos de personalidade.

As críticas se focam na ausência de uma cláusula geral da personalidade em nível infraconstitucional, o que para muitos autores poderia – pela rigidez que as disposições assumem quando ingressam no Código e pelo vislumbre de longa vida do texto –, engessar a proteção legal frente às mudanças sociais<sup>22</sup>. De acordo com FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ e JOSÉ LAMARTINE DE OLIVEIRA: “A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda a problemática<sup>23</sup>”.

LUIZ EDSON FACHIN defende uma cláusula geral dos direitos de personalidade nos moldes da presente no artigo 21 que trataria da vida privada de forma ampla e conseqüentemente remeteria ao texto constitucional<sup>24</sup>. SZANIAWSKI

---

<sup>22</sup> SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p.122 para quem “a adoção de uma teoria tipificadora dos direitos de personalidade pela doutrina e pelos tribunais, tem se mostrado insuficiente e confusa no que tange à proteção da pessoa humana, deixando de serem tutelados inúmeros atentados praticados contra a personalidade por falta de previsão legal”. Assim também Capelo De Souza in CORTIANO JUNIOR, Eroulths ob cit p. 46.

<sup>23</sup> MUNIZ, Francisco José Ferreira, OLIVEIRA, José Lamartine de, ob cit p. 14.

<sup>24</sup> FACHIN, Edson Luiz, ob cit p. 641.

ao seu ponto, vê no artigo 12 do Código Civil a cláusula geral infraconstitucional, salientando que esta não é uma opinião unânime na doutrina<sup>25</sup>.

Em seu profundo e amplo estudo sobre o tema, o professor SZANIAWSKI se posiciona de forma firme contra a tipificação por entender que essa, ao fragmentar os direitos relativos à personalidade leva, inicialmente, ao surgimento de subtipos dos direitos de personalidade e, posteriormente, ao nascimento de classificações que enquadram como direitos de personalidades, direitos que não o são.

Seguindo o autor, a tipificação estaria assentada em duas premissas equivocadas. A primeira delas é a distinção entre direito público e direito privado, que nesta linha levaria à separação entre direitos públicos de personalidade e direitos privados de personalidade, o que conforme o estudioso seriam os mesmos direitos de personalidade, apenas vistos sob enfoques diferentes. A segunda é a necessidade de tipificação dos direitos de personalidade no Código Civil, que somente com a positivação passariam a ser objeto de tutela<sup>26</sup>.

Oportuno destacar que o estudioso em comento não é contrário à previsão legal de direitos especiais de personalidade na Constituição (vistos como os direitos de personalidade mais elementares, tais como a proteção à vida e ao nome), mas sim contra a tipificação e as classificações dos direitos dela decorrentes, que partindo de um direito especial o dissecam em diversos outros direitos especiais de personalidade ao mesmo tempo em que somam a eles direitos que não se caracterizariam como de personalidade<sup>27</sup>.

Sendo a idéia deste estudo uma abordagem geral acerca dos aspectos mais relevantes que cercam o tema dos direitos de personalidade – para posterior estudo dos direitos de personalidade e do direito de liberdade de imprensa, e os conflitos a eles inerentes –, se acredita justificável a falta de um estudo aprofundado dos demais direitos previstos no Código Civil<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p.179.

<sup>26</sup> *Idem, ibidem*, p.123/124.

<sup>27</sup> *Idem, ibidem*, p. 128.

<sup>28</sup> Remete-se ao trabalho aprofundado de SZANIAWSKI que além de analisar todo o tratamento dado ao tema pelo novo Código Civil também o fez sob a perspectiva da doutrina e da jurisprudência. SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p. 178/227.

#### 1.1.4 – A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Por muito tempo no âmbito civil as lesões aos direitos de qualquer espécie possuíram como única resposta a condenação do agressor ao ressarcimento em pecúnia do dano causado, independentemente do tipo de lesão causada e do direito ofendido. A ameaça de lesão não era sequer objeto de proteção jurídica<sup>29</sup>.

O dogma da autonomia da vontade, que proibia o Judiciário de interferir nos negócios realizados, mesmo quando patente a desproporcionalidade ou a lesividade unilateral, também estava presente nos casos de responsabilidade civil em que o Magistrado podia apenas condenar o réu ao pagamento de indenização pela lesão por ele causada, sem jamais coagir a sua vontade através de uma obrigação<sup>30</sup>.

Essa era a forma de tutela vigente até a metade do século XX, na qual o patrimonialismo e as teorias, encabeçadas por nomes fundantes do direito processual civil moderno – que pregavam a autonomia do direito processual com relação ao direito material e assim pensavam a ação como abstrata e desligada do direito substancial<sup>31</sup> –, não concebiam outra forma de proteção ao direito lesado.

Mudanças significativas na sociedade e na visão da função do processo e da Jurisdição, aliadas a despatrimonialização e constitucionalização do direito civil fizeram surgir, além da reparação pelo equivalente (ainda existente para os casos em que o dano já ocorreu), também a tutela inibitória prevista para impedir a ocorrência<sup>32</sup>, ou a repetição do ilícito. Ambas serão analisadas a seguir.

---

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 31.

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, volume 3: Execução - São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

<sup>31</sup> Ver MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo - São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>32</sup> A tutela inibitória anterior ao ilícito é chamada de inibitória pura. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva, 4ªed. - São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 52.

#### 1.1.4.1 - A TUTELA INIBITÓRIA

Antes mesmo dos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina nacional, inspirada em certa medida pela construção teórica italiana,<sup>33</sup> – que dentre os ordenamentos jurídicos da *Civil Law* trouxe o arcabouço teórico da tutela inibitória –, buscava proteção das inúmeras situações em que havia o ilícito, mas não o dano.

Diante da ausência de previsão legal mais apta, e das necessidades do direito material, muito se utilizou a medida cautelar inominada para a tutela preventiva do ilícito.

Como bem aponta LUIZ GUILHERME MARINONI a medida cautelar não era capaz de dar uma tutela de prevenção satisfatória uma vez que, conforme dispõe o artigo 806 do Código de Processo Civil, se tratava de medida cautelar preparatória, dependente da propositura de uma ação principal, necessariamente de reparação de danos, já que a ação cominatória, prevista no artigo 287 do mesmo diploma legal era normalmente esquecida<sup>34</sup>.

Isto porque, conforme o mesmo autor, o artigo 287 do Código de Processo Civil em sua antiga redação assim dispunha: “se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a *cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença*”, o que fazia com que este dispositivo não fosse utilizado na prática forense pela falta de previsão de pena de multa em momento anterior ao da sentença, o que era incondizente com a prevenção.

O jurista BARBOSA MOREIRA criticava veemente a antiga redação do artigo 287 do Código de Processo Civil afirmando: “fomos capazes de inventar o mandado de segurança preventivo contra atos de autoridade. Precisamos de um remédio equivalente contra atos ou omissões de particulares<sup>35</sup>”.

---

<sup>33</sup> A própria nomenclatura desta tutela adveio do direito italiano. Cabe destacar que o sistema jurídico italiano não dispõe de normas como as do artigo 461 do CPC e 84 do CDC que serão abordadas adiante, conforme anota Luiz Guilherme Marinoni. Tutela Inibitória: individual e coletiva ob cit p. 122.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*, p. 66.

<sup>35</sup> *Apud Idem, ibidem*, p. 71.

Em outras palavras se pode dizer que a medida cautelar era utilizada pela falta de previsão de outra ação de conhecimento apta a tutelar a ameaça, ou repetição do ilícito, sendo que tal medida cautelar, na verdade, acabava prestando a tutela preventiva em si mesma já que “tal ação não visava acautelar nenhum direito que estava sendo discutido na ação ressarcitória, até mesmo porque a única coisa que se poderia acautelar – na ação ressarcitória – seria o direito de crédito relativo ao dano”<sup>36</sup>.

Tanto o Código de Processo Civil quanto a jurisprudência nessa época admitiam poucos casos em que a ação inibitória era aceita: nos interditos proibitórios – que abrangiam além da salvaguarda da posse, a tutela dos bens imateriais, como marca comercial, invento, direito autoral e afins –, na nunciação de obra nova, na ação cominatória contra o uso nocivo da propriedade, na ação cominatória fundada no artigo 287 e no mandado de segurança, sendo que a antecipação de tutela inibitória era prevista apenas para os interditos proibitórios e para a nunciação de obra nova<sup>37</sup>, o que tornava inócuo o artigo 287 do Código de Processo Civil.

O grande salto para a efetividade da tutela preventiva se deu em 1994 com a introdução do artigo 461<sup>38</sup> ao Código processual civil – pela Lei 8952/94 – que permitiu ao Juiz, nas ações de fazer e não fazer conceder tutela específica da obrigação, o seu resultado prático equivalente e, em última hipótese, a conversão em perdas e danos.

---

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*, p. 66.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem*, p.291/300.

<sup>38</sup> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se for impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.



Mais do que isso, o artigo 461 em seus parágrafos trouxe também a possibilidade da antecipação de tutela, da imposição de multa diária para a hipótese de descumprimento da obrigação durante o trâmite processual e independentemente de pedido do autor – e não somente na hipótese de descumprimento da sentença–, e o mais importante: quebrou com a tipicidade dos meios de execução<sup>39</sup> ao permitir no § 5º que o Magistrado possa determinar as medidas necessárias, conforme o caso, em concreto para a que haja a efetividade da tutela específica ou do resultado prático equivalente.

Isto quer dizer que o Juiz não precisa se ater ao pedido imediato, à técnica processual requerida para a tutela do direito.

Não se pode deixar de anotar que a possibilidade de cominação de multa *ex officio* para o caso de descumprimento da determinação judicial – aqui englobadas a decisão interlocutória concessora da antecipação de tutela, e a sentença que julga o mérito –, que pode ser alterada no valor ou periodicidade, é um instrumento poderosíssimo à disposição do Magistrado para constranger a vontade do réu ao cumprimento da decisão antecipatória da tutela, antes prevista no artigo 287 do mesmo *Codex* apenas para os casos de descumprimento da sentença.

O parâmetro judicial deve ser a efetiva tutela do direito material. Contudo essa somente poderá ser considerada como fruto de um Estado Democrático de Direito, em que a pessoa é o valor central do ordenamento jurídico, quando através da técnica processual se utilize o meio idôneo e se busque a menor restrição ao réu.

A tutela deve ser solicitada dentro dos limites adequados a cada situação concreta, evitando-se a imposição de um não fazer ou de um fazer que possa provocar na esfera jurídica do réu uma interferência que se revele excessiva em face da necessidade concreta de tutela. Ou seja, a inibitória deve ser imposta ao réu dentro dos limites necessários à prevenção do ilícito<sup>40</sup>.

Outro marco importante foi a introdução de um dispositivo com redação praticamente idêntica e mesma função ao Código de Defesa do Consumidor: o artigo 84, que traz para as relações de consumo as inovações do artigo 461.

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, volume 3: Execução, ob cit p. 48.

<sup>40</sup> *Idem ibidem*, p.149/150.

O grande estudioso da tutela inibitória, LUIZ GUILHERME MARINONI, afirma que os artigos 461 e 84 não são o fundamento para a tutela preventiva, mas sim técnicas processuais que possibilitam que a tutela assegurada pelo artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal possa ser adequadamente utilizada diante das necessidades do direito material<sup>41</sup>. Conforme explica:

Entretanto, pensar somente nas formas processuais, e assim apenas nos instrumentos processuais capazes de impor um fazer ou um não fazer, constitui uma visão míope do fenômeno da tutela dos direitos. Este fenômeno tem um aspecto dualista, compreendido pela tutela do direito material e pelas formas de tutela destes direitos. Ora, *pensar somente nos instrumentos processuais é dar atenção apenas a este segundo aspecto do fenômeno, e assim não compreender parcialmente a realidade, mas também distorcê-la*. Ninguém pode pensar em um instrumento se não souber, de antemão, para que ele serve. Isto quer dizer que de nada adianta analisar os instrumentos processuais, postos nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, *sem que se saiba quais são as tutelas que podem ser prestadas através da imposição do fazer ou não fazer*. Para se compreender quais são as tutelas que podem ser prestadas através da imposição de um fazer ou de um não fazer, *é imprescindível analisar o plano do direito material, e assim as necessidades de defesa dos vários direitos*<sup>42</sup>.

Os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor – apesar de não demonstrarem de forma explícita que se tratam de normas que buscam dar efetividade à tutela inibitória e outras formas de tutela<sup>43</sup> – são aptos à tutela preventiva, por trazerem em si, ao mesmo tempo, o fundamento para a ação de conhecimento e para a de execução, sem que após o reconhecimento da lesão, ou de sua ameaça, haja necessidade de propositura de ação executiva.

Assim, estando presentes os elementos autorizadores da antecipação de tutela, ou quando na sentença houver a imposição ao réu de um fazer ou não fazer, a determinação judicial possui executividade intrínseca, isto é, independe de uma fase executiva para ter efetividade.

Os elementos necessários para a concessão de tutela inibitória são – ressalvados aqueles específicos para a antecipação de tutela –, a presença do ilícito

---

<sup>41</sup> *Idem ibidem*, p.115/116.

<sup>42</sup> *Idem, ibidem*, p. 116.

<sup>43</sup> Como a tutela de remoção do ilícito, ressarcitória na forma específica e a tutela específica da obrigação contratual inadimplida. *Idem, ibidem* p. 115/116.

repetido, ou ainda a ameaça de lesão ao direito material advinda de ato – comissivo ou omissivo – ilícito.

A tutela inibitória se baseia na ocorrência ou na ameaça de ocorrência de um ilícito, e não de um dano.

A distinção é importantíssima, pois a tutela ressarcitória só é admitida após a ocorrência de um dano, seja ele patrimonial ou moral, sofrido pelo ofendido por parte do ofensor. Caso a tutela inibitória, especialmente a fundada na ameaça de lesão dependesse também do dano, ela não teria fundamento para existir.

O ilícito é a consequência advinda da violação de uma norma jurídica, mas a sua ocorrência não tem como resultado necessário o dano. Este somente é pressuposto para o ressarcimento<sup>44</sup>.

Em uma visão mais técnica, segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO:

Para que se possa considerar ilícito um fato, seja evento, seja conduta, é necessário que implique em violação da ordem jurídica, negando os fins do direito, e seja praticado ou esteja vinculado a alguém imputável. Sem que concorram esses dois elementos, não há ilicitude<sup>45</sup>.

O ilícito poderá ser comissivo ou negativo conforme o dever jurídico violado. Caso houvesse obrigação de fazer e ela não tenha sido realizada, o ilícito será negativo e a tutela inibitória deverá ser positiva, no intuito de constranger mediante a técnica mais adequada ao caso, o agente que não realizou a obrigação a realizá-la. O mesmo ocorre nas obrigações de não fazer, sendo que a tutela inibitória nesta situação deverá ter sinal negativo visando a não ocorrência do fato/ato proibido<sup>46</sup>.

A tutela inibitória dispensa também qualquer consideração acerca da culpa do causador do fato ou do ato ilícito.

O porquê da desnecessidade da culpa para o provimento da tutela inibitória é exposto de forma simples por uma das maiores estudiosas do tema na Itália, CRISTINA RAPISARDA:

---

<sup>44</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada, ob cit p. 151.

<sup>45</sup> MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência – São Paulo: Saraiva, 2007 p. 223.

<sup>46</sup> A questão é mais bem explicada por Frignani in MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva, ob cit p. 124. No mesmo viés MARINONI afirma que a tutela inibitória positiva e negativa é amplamente utilizada pelo direito norte-americano, denominadas de *prohibitory injunction* e *mandatory injunction* e que as técnicas dos artigos 461 CPC e 84 do CDC também admitiriam o uso da inibitória positiva. *Idem ibidem* p. 134.

Da natureza preventiva da inibitória deriva também a ausência da culpa entre os seus pressupostos de expedição. **A ação inibitória, como se disse, volta-se para o futuro e assim fica excluída a possibilidade objetiva de valorar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro sobre o qual é destinado a incidir o provimento final de tutela**<sup>47</sup>. (grifo nosso)

A culpa é conceito intimamente ligado à noção de dano, já que para a teoria clássica da responsabilidade civil é ela quem determina quem tem o dever de indenizar.

Como já afirmado anteriormente a tutela inibitória não depende do dano, mas somente do ilícito, motivo pelo qual a culpa também é dispensada.

Desta forma diante das suas características a tutela inibitória é capaz de dar efetiva proteção aos direitos de personalidade, inclusive nas questões envolvendo um específico direito de personalidade como, por exemplo, o direito à honra e o direito de liberdade de expressão, sendo que para aquele que alega ofensa ao seu direito de personalidade não haveria necessidade de demonstrar a ocorrência de dano, bastando a comprovação da ilicitude ou da ameaça concreta de sua ocorrência, gerada pelo exercício da liberdade comunicativa de outrem.

#### 1.1.4.2 – A TUTELA RESSARCITÓRIA

Além da tutela inibitória outra tutela também é cabível para a proteção dos direitos de personalidade. Ela é utilizada para os casos em que a tutela inibitória já não é possível, isto é, nas situações de violação de direitos instantânea<sup>48</sup>, que não se prolongam no tempo, sendo impossível a atuação da tutela inibitória, pois não há repetição do ilícito, mas sim o dano.

Trata-se da tutela ressarcitória, também chamada de reparatória, que diante do dano a um direito – seja ele patrimonial ou extra- patrimonial como são os direitos de personalidade –, verifica o nexo de causalidade e a necessidade ou não da culpa para a condenação do ofensor ao dever de indenizar.

O entedimento clássico exposto no Código Civil de 1916 é o de que só há o dever de indenizar quando comprovados o dano, o nexo de causalidade e a culpa,

---

<sup>47</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada ob cit p. 156.

<sup>48</sup> SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p. 251.

sendo que somente poderiam ser ressarcidos os danos patrimoniais, o que por certo não englobava direitos extrapatrimoniais como os direitos de personalidade.

Cabe apenas fazer observação de que quando se tratar de direito extrapatrimonial, o mais correto seria chamar essa tutela de compensatória<sup>49</sup>, uma vez que os direitos dessa categoria – ao contrário do que se observa no direito patrimonial –, não podem ser reparados através do pagamento de uma indenização, pois essa não faz com que haja um retorno ao *status quo ante*, podendo no máximo ser compensados mediante indenização.

No entanto essa é a nomenclatura utilizada por grande parte da doutrina<sup>50</sup>, e, portanto, será a utilizada neste trabalho.

A responsabilidade civil passou por uma reformulação diante da revolução industrial com a qual a economia agrícola foi substituída por um sistema de produção em escala e pelos produtos industrializados que trouxeram consigo tanto os acidentes inerentes à sua produção, circulação e comercialização quanto os acidentes de consumo e o risco serial<sup>51</sup>. Como bem aponta MARIA CELINA BODIN DE MORAES:

O acidente, como emerge da sociedade industrial, tem características que impedem de interpretá-los nos significados anteriores de acaso ou providência. O conceito obedece a um tipo de objetividade específica e decorre do curso natural das atividades coletivas, e não de acontecimentos excepcionais ou extraordinários. O evento danoso deixa, pois de ser considerado uma fatalidade e passa a ser tido como um fenômeno “normal”, estatisticamente calculável. De fato, é na organização coletiva – e devido mesmo a esta organização – que, com regularidade, como demonstram as estatísticas, danos ocorrem para os indivíduos: nenhum causa, nem transcendente nem pessoal, pode disso dar conta<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> CHINELLATO, Silmara Juncy. Da responsabilidade civil no Código de 2002 – Aspectos Fundamentais. Tendências do Direito Contemporâneo *apud* O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord) – Renovar, 2008 pag 951.

<sup>50</sup> SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p. 251; MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva ob cit p. 37; DIREITO, Carlos Alberto e CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao Novo Código Civil– Rio de Janeiro, Forense, 2004 p.34; BELTRÃO, Sílvia Romero. Direitos da Personalidade de Acordo com o Novo Código Civil– São Paulo, Atlas, 2005 p. 60.

<sup>51</sup> VINEY, Geneviève. As tendências Atuais do Direito da Responsabilidade Civil *apud* Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional– São Paulo, Atlas, 2008 p. 43.

<sup>52</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva *apud* O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord) – Renovar, 2008 p. 855.

Contemporaneamente houve o surgimento do que GENEVIÈVE VINEY chama de “ideologia dos direitos do homem”<sup>53</sup>, que trouxe a valorização da pessoa humana e a afirmação dos direitos subjetivos, como por exemplo, os direitos de personalidade, sendo uma das exteriorizações deste movimento as Declarações de Direitos.

Toda essa enorme transformação trouxe paulatinamente a desvinculação da responsabilidade civil do conceito de culpa, buscando-se sempre a tutela do homem e a responsabilização dos criadores de qualquer risco que o colocassem em perigo, e ampliação dos campos de atuação da responsabilidade civil, que passou a abranger também as atividades estatais e as equiparadas.

O Código Civil de 1916, reflexo da ideologia do século XIX, começo do século XX, estava preso à noção de culpa e à necessidade de sua prova para que daí surgisse a responsabilidade civil.

No decorrer do século XX diversas leis extravagantes procuraram suprir a lacuna deixada pelo Código para os casos de responsabilidade objetiva, como, por exemplo, a Lei das Estradas de Ferro de 1912, a Lei 6194/74 – que trata dos acidentes de veículos –, a Lei 6453/77 – que dispõe acerca das atividades nucleares –, a Lei 6938/81 – sobre as lesões ao meio ambiente – e a Lei 4565/86 – que trata do transporte aéreo que trouxeram a responsabilidade objetiva para os danos advindos destas atividades<sup>54</sup>. Foi instituído também o seguro social para acidentes de trabalho, para o qual a proteção do trabalhador independe da demonstração do agir culposos do empregador.

Ao mesmo tempo a doutrina e a jurisprudência também acompanharam as necessidades sociais e afastaram a prova da culpa para casos determinados, como por exemplo, nos de responsabilidade do empregador pelos atos culposos dos seus empregados, inclusive com entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 341: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposos do empregado ou preposto”.

A responsabilidade objetiva hodiernamente é prevista tanto na Constituição Federal no artigo 37 § 6º – para os entes públicos ou privados prestadores de serviços públicos, pelos danos causados por seus agentes, quando na condição de

---

<sup>53</sup> *Idem, ibidem*, p. 44.

<sup>54</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de, ob cit p. 850.

agentes públicos –, quanto no Código Civil de 2002, no § único do artigo 927 que traz a responsabilidade objetiva para as relações privadas.

Ressalta-se que o Código Civil convive com um sistema misto de responsabilidade: de um lado a tradicional responsabilidade ligada à culpa em seus mais variados aspectos – culpa concorrente, culpa de terceiro, culpa exclusiva da vítima e afins – e de outro a nova responsabilidade objetiva e seus elementos específicos.

A falta de previsão por parte do Código Civil de 1916 de indenização por dano causado a direitos extrapatrimoniais, e consequentemente de tutela a essa categoria de direitos<sup>55</sup>, foi superada com a promulgação da Constituição Federal em 1988 que traz no artigo 5º, incisos V e X, expressa previsão de condenação ao pagamento de indenização por dano moral e por danos provenientes de violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. O Código Civil de 2002 também é claro ao trazer proteção aos direitos extrapatrimoniais, conforme se verifica no artigo 186 deste diploma.

Desta forma, mesmo nos casos em que a violação de um direito de personalidade não pôde ser evitada e gerou um dano, este direito possui atualmente plena tutela por parte do sistema jurídico brasileiro.

Deve ser explicitado que hodiernamente a tutela inibitória e a tutela ressarcitória coexistem e não se excluem. É plenamente possível, e recomendável, o ajuizamento de ação inibitória – com ou sem pedido de antecipação dos efeitos da tutela – conjuntamente com pedido de reparação de danos.

Enquanto o pedido de tutela inibitória visará a não ocorrência ou a cessação do atentado contra o direito de personalidade, o pedido ressarcitório buscará – caso a tutela inibitória se mostre ineficaz –, a responsabilização do causador do dano surgido a partir da falta de efetividade da tutela inibitória, sem que seja necessário o ajuizamento de duas ações distintas para a tutela de um mesmo direito.

---

<sup>55</sup> Apesar da ausência de previsão legal, parte da doutrina e da jurisprudência buscavam dar tutela a esses direitos, conforme se verifica no julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo da Apelação Cível 256354 RT 497/87 em outros citados em SZANIAWSKI, Elimar, ob cit p. 203.

## CAPÍTULO 1.2 – A LIBERDADE DE IMPRENSA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A liberdade de imprensa, ou qualquer termo assemelhado, resulta de uma longa construção histórica que teve como marco a criação da imprensa no século XV que ampliou sobremaneira a circulação da palavra e das idéias, inicialmente da burguesia pós-revolucionária e, em momento posterior, das demais classes.

Hodiernamente a comunicação institucionalizada possui diversas funções que vão além da promoção do indivíduo, da informação de fatos e do entretenimento se relacionando, por exemplo, com a fiscalização dos Poderes e a promoção de uma agenda pública.

No ordenamento pátrio a Constituição de 1988 garante a liberdade de comunicação como um direito fundamental de todos os cidadãos que pode ser exercido de forma individual ou através de meios de comunicação.

Antes da Carta Magna de 1988 assegurar a liberdade de expressão, o sistema jurídico nacional conviveu com a Lei de Imprensa e com outros decretos que restringiam a liberdade de imprensa e impunham censura prévia.

Não obstante o teor do texto constitucional e o entendimento de grande parte da doutrina e de parte da jurisprudência, que se posicionavam pela não recepção da Lei de Imprensa pela nova Constituição Federal, a Lei 5.250/67 esteve vigente até 2009 tendo sido retirada do ordenamento jurídico nacional após o julgamento da ADPF 130-7 pelo Supremo Tribunal Federal.

### 1.2.1 – LIBERDADES COMUNICATIVAS: LIBERDADE DE IMPRENSA, DE COMUNICAÇÃO, DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO E ASSEMELHADOS

Os termos liberdade de imprensa, liberdade de comunicação, liberdade de expressão e liberdade de informação sofrem de terrível indeterminação e confusão terminológica, sendo muitas vezes utilizados como sinônimos ou como derivações uns dos outros<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Ramón Daniel Pizarro informa que diversos autores diferenciariam, por exemplo, a liberdade de expressão e a liberdade de informação com base no seu objeto. A liberdade de expressão teria como objeto a emissão de idéias, opiniões e juízos enquanto que a liberdade de informação se ocuparia com a divulgação de fatos ou notícias. O autor refuta as teses dualistas, pois o direito delas derivado seria o mesmo apenas sob perspectivas diversas a das idéias e a dos fatos. PIZARRO, Ramón



Ao invés de esmiuçar as diferenças entre os termos em uma tentativa de definição conceitual, muitas vezes carente de cientificidade, adota-se o pensamento de JÓNATAS E. M. MACHADO no sentido de que:

(...) uma construção conceitual das liberdades comunicativas que consiga circunscrevê-las de modo geometricamente perfeito, parece-nos, no estado actual da teorização, impossível, se é que não o será de todo. As categorias utilizadas apresentam-se relativamente permeáveis entre si. A problemática da comunicação individual e coletiva numa sociedade hipercomplexa é demasiado vasta e cambiante para se deixar captar em termos conceitualmente definitórios e estanques<sup>57</sup>.

De qualquer forma deixa-se claro que vários autores diferenciam dois aspectos da liberdade de expressão e de comunicação: um seria o aspecto subjetivo e o outro o objetivo.<sup>58</sup>

Pelo viés subjetivo os direitos comunicativos seriam um direito indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana, pois confeririam a seu titular a capacidade de manifestar suas opiniões e de se desenvolver como pessoa através do livre embate de idéias. Desta forma se tratariam de direitos de personalidade.

No sentido objetivo seriam direitos que garantiriam a soberania popular e a democracia participativa, pois assegurariam aos cidadãos a ciência acerca dos fatos políticos e de relevância pública<sup>59</sup>.

---

Daniel. Responsabilidad Civil de los Médios Masivos de Comunicación - Daños por Noticias Inexactas o Agravantes – Buenos Aires: Hammurabi, 1999 p. 78/79. Edilsom Farias também diferencia a liberdade de informação de fatos da liberdade de manifestação de idéias, denominando a primeira de liberdade de comunicação e a segunda de liberdade de expressão. FARIAS. Edilsom, Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004 p. 53. Guilherme Döring Cunha Pereira associa liberdade de informação com “a liberdade de narração de fatos”, também chamada de liberdade de crônica e a liberdade de opinião (em sentido lato) com a liberdade de manifestar posicionamentos acerca de fatos e de pessoas (liberdade de opinião em sentido estrito) e com a liberdade de expressão de idéias e convicções gerais. PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 p. 65/66. Jônatas E. M Machado afirma que a liberdade de expressão, também chamada de liberdade de comunicação, seria o “direito mãe” do qual surgiriam os demais direitos comunicativos tais como a liberdade de opinião, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, a liberdade de radiofusão e os direitos dos jornalistas. MACHADO, Jônatas E. M. Liberdade de Expressão- Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social – Coimbra: Coimbra Editora, 2002 p. 370/371.

<sup>57</sup> MACHADO, Jônatas E. M *Idem, ibidem*, p. 373/374.

<sup>58</sup> Jônatas E. M Machado traz diferenciação um pouco diversa ao apontar uma dimensão subjetiva, com conteúdo semelhante aos demais autores, e uma dimensão instrumental que “traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento”. *Idem, ibidem*, 417.

<sup>59</sup> Em seu trabalho Edilsom Farias afirma que John Milton, Stuart Mill, Oliver Holmes e Dworkin teriam elaborado teses em defesa do aspecto subjetivo enquanto James Madison, Louis Brandeis,

O ordenamento nacional igualmente diferencia, no texto constitucional, estes direitos em duas categorias. A primeira para os direitos previstos nos incisos do artigo 5º, se refere às liberdades individuais de manifestação de pensamento nas relações interpessoais, sem a necessidade de publicação ou transmissão destas idéias em larga escala, e a segunda, no capítulo V do título VIII, a Constituição Federal trata da comunicação social, isto é, da atividade de comunicação realizada pelas empresas do ramo.

Não obstante a terminologia utilizada, sabe-se que hodiernamente a liberdade de comunicação possui diversas finalidades sendo mais comumente apontadas as de busca da verdade, de garantia de um mercado livre de idéias, participação no processo de autodeterminação democrática, proteção de diversidade de opiniões, estabilidade social, transformação pacífica da sociedade e expressão da personalidade individual<sup>60</sup>.

Mais detidamente, EDILSOM FARIAS aponta algumas destas funções como a de *política ampla* exercida quando da fiscalização dos poderes públicos e de seus funcionários a fim de noticiar aos cidadãos e auxiliá-los em suas escolhas eleitorais, além de propiciar um espaço de debate público de idéias e de fixar a agenda pública, no sentido de “selecionar e determinar quais os fatos e demais informações que devem ser discutidos na esfera pública”<sup>61</sup>

Outra função dos meios de comunicação seria a *cultural*, uma vez que promoveria cultura através da imprensa escrita, da televisão, do cinema e do rádio, mesmo que essa cultura seja, muitas vezes, de gosto duvidoso e homogenia.

Por fim, o autor destaca ainda a função de *utilidade pública*, também chamada de função de quadro de avisos, promovida pela comunicação em escala ao divulgar eventos comunitários relevantes ou de informações pertinentes ao dia a dia como a previsão do tempo e as condições do trânsito<sup>62</sup>.

---

Alexander Meiklejohn e Owen Fiss teriam calcado suas teses na perspectiva objetiva. FARIAS. Edilsom, ob cit p. 65/70.

<sup>60</sup> MACHADO, Jônatas E. M ob cit p. 237.

<sup>61</sup> FARIAS. Edilsom, ob cit p. 117.

<sup>62</sup> *Idem, ibidem*, p. 118/121.

Este mesmo autor traz o que, ao seu critério, seriam dois princípios gerais da liberdade de expressão e de comunicação<sup>63</sup>. O primeiro seria o princípio da incensurabilidade, ou seja, que a livre manifestação de entendimentos e idéias não poderia ser vetada pelo poder estatal ou particular seja preventivamente ou *a posteriori*. O segundo seria o do pluralismo dos meios de comunicação, que proporcionaria uma multiplicidade de pensamentos e de idéias levadas ao conhecimento do público em geral.

O importante para esse estudo é o entendimento de que tanto os direitos de personalidade ligados às liberdades comunicativas individuais asseguradas no artigo 5º do Texto Maior, quanto aqueles inerentes à atividade de comunicação previstos nos artigos 220 a 224 possuem amplo resguardo no ordenamento jurídico brasileiro derivado do tratamento constitucional dado a questão.

#### 1.2.1.1 - DESENVOLVIMENTO DA IMPRENSA E DA(S) LIBERDADE(S) DE EXPRESSÃO

Inegável que a liberdade de expressão é fruto de uma longa construção histórica que sofreu uma enorme transformação com o surgimento da impressão em série propiciada pelos tipos móveis criados por Gutenberg em 1450. Através deles as idéias se expandiram como nunca antes e foi possível o surgimento de uma incipiente indústria literária e dos jornais.

O surgimento da liberdade de expressão está intimamente ligado à Reforma Religiosa e à possibilidade que esta trouxe de expressão de opiniões diversas e da discussão de idéias, que em momento posterior, deixou a seara religiosa e passou a abarcar outros ramos como a política.

Atribui-se a John Milton o início da defesa da liberdade de expressão, quando, em discurso histórico no parlamento inglês em 1644 intitulado de “Areopagítica”, opôs-se veemente contra a censura prévia da imprensa<sup>64</sup>.

Outro nome relevante para a liberdade de expressão foi John Locke, pois ao proclamar que a liberdade religiosa deveria ser uma escolha individual e não coativa

---

<sup>63</sup> FARIAS. Edilsom, ob cit p. 75/80.

<sup>64</sup> *Idem, ibidem*, ob cit p. 58.

acabou defendendo em um segundo momento a liberdade de manifestação de opiniões<sup>65</sup>.

A liberdade de imprensa foi um elemento indispensável para os Estados Liberais dos séculos XVIII e XIX, pois era através da imprensa que a elite intelectual e econômica exercia a sua individualidade e expressava suas opiniões e idéias para os seus próprios membros, já que a maioria esmagadora da população era analfabeta. Em virtude disso RAMÓN DANIEL PIZARRO coloca que “se tratava de uma imprensa de opinião mais que de divulgação de notícias ou informações<sup>66</sup>”.

O mesmo autor aponta alguns parâmetros jurídicos sobre os quais a liberdade de comunicação se estabelecia neste período. O primeiro deles era a liberdade de publicação, sendo que os meios de imprensa não podiam ser obrigados ou proibidos de publicar qualquer matéria, como também não havia qualquer forma de prevenção administrativa ou judicial no que dizia respeito à elaboração, publicação ou circulação da palavra escrita.

Inexistia a necessidade de autorização pública para se fundar uma empresa jornalística de qualquer tipo, ao contrário do que ocorria antes das Revoluções Burguesas. No mesmo viés o direito de expressão era visto apenas sob a ótica do sujeito ativo informacional sendo o leitor apenas uma consequência da atividade de comunicação.

Apenas exista o dever de indenizar por publicações errôneas ou difamantes se demonstrada a culpa ou o dolo do agressor. Da mesma forma não havia uma regulamentação das profissões ligadas à imprensa<sup>67</sup>.

Segundo JÓNATAS E. M. MACHADO a comunicação em massa surgiria apenas no fim da primeira metade do século XIX com os progressos trazidos pela revolução industrial nos campos dos transportes, das comunicações, da energia, da gestão e comercialização, além da utilização da publicidade paga<sup>68</sup>, sendo que a junção destes fatores propiciou também a comunicação proletária e das minorias políticas através da panfletagem.

---

<sup>65</sup> MACHADO, Jónatas E. M ob cit p. 60.

<sup>66</sup> PIZARRO, Ramón Daniel, ob cit p. 41. No original: “se trataba de una prensa de opinión más que de divulgación de noticias o informaciones.” (tradução nossa)

<sup>67</sup> *Idem, ibidem*, p. 44/46.

<sup>68</sup> MACHADO, Jónatas E. M. ob cit. p. 54/55.

A ampliação dos destinatários da comunicação e as drásticas mudanças socioeconômicas ocorridas após a Segunda Guerra Mundial, já mencionadas de passagem neste trabalho, igualmente modificaram o tratamento jurídico dado à relação estabelecida entre aquele que informa e o que é informado surgindo assim, uma preocupação com os receptores das mensagens, o consumidor. Teria havido assim o surgimento de outros direitos como o direito de informar, de se informar e de ser informado.

Aponta RAMÓN DANIEL PIZARRO que o próprio objeto transmitido se alterou, sendo a prioridade agora o conhecimento dos fatos e não a expressão de opiniões e entendimentos, passando da mesma forma a interessar a vida privada das pessoas notórias<sup>69</sup>.

Por certo que o Estado também se modificou e com ele o seu papel com relação aos meios de comunicação que passa a ser o de regulamentar o setor e o de prever, muitas vezes no texto constitucional, não só as garantias inerentes à atividade de informar, mas também o direito de expressão – de forma ampla – como um direito fundamental.

No plano supranacional, diversos são os tratados internacionais que, desde século XVIII, procuram assegurar a liberdade de expressão, especialmente em seu aspecto individual, a começar pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, posteriormente a Resolução nº. 59 da ONU de 1946, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – de 1969 apenas para citar alguns.

### 1.2.2 – A LEI DE IMPRENSA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em pleno enrijecimento da ditadura, apenas um ano antes da decretação do Ato Institucional nº 05, o regime militar editou a Lei 5.250/67, também conhecida como Lei de Imprensa, que regulamentava com mão firme o exercício da liberdade de expressão, especialmente a estruturação da atividade profissional de imprensa.

O *caput* do artigo 1º dispunha que: *É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e*

---

<sup>69</sup> PIZARRO, Ramón Daniel, ob cit p. 77.

*sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.*

No entanto a normativa dura do mesmo artigo em seu parágrafo 2º previa censura prévia aos espetáculos e “diversões públicas”, em uma clara tentativa de controle das idéias e entendimentos contrários ao regime que afluíam à época.

Diversos artigos esmiuçavam a proibição de participação de pessoas físicas e jurídicas estrangeiras nas empresas jornalísticas, vedando-se inclusive a administração/orientação intelectual e a assistência técnica com duração superior a seis meses, em uma cristalina tentativa de afastar a influência de ideologias alienígenas diversas à do regime tanto com relação aos profissionais quanto na própria atividade de comunicação.

Havia ainda a exigência de um registro no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, sem o qual a publicação era considerada clandestina, além da necessidade de identificação em cada publicação ou transmissão do editor-chefe responsável.

A mesma Lei previa tipos penais relacionados especificamente com os meios de comunicação, inclusive para os casos de calúnia, difamação e injúria, normas processuais penais – inclusive acerca da competência para propor ação penal – e ainda responsabilidade civil advinda da sua infração<sup>70</sup>.

Ainda na vigência da referida Lei, entrou em vigor a Constituição de 1988 que trata da liberdade de expressão em dois momentos. O primeiro se dá no artigo 5º incisos IV, e IX que garantem a liberdade de manifestação de pensamento<sup>71</sup> – com proibição do anonimato, assim como na Lei de Imprensa – e a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação sem censura ou licença.

Nos artigos 220 a 224, além de se reforçar a proibição da censura e de se proibir o monopólio e o oligopólio, e trazer as diretrizes gerais para as empresas de rádio e televisão – promoção de uma programação que priorize a educação e a cultura (especialmente a regional) e respeite os valores éticos familiares – flexibiliza-se a questão da participação dos estrangeiros, ainda lhes sendo vedada a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão, mas possibilitando a abertura de capitais – no percentual máximo de 30%.

---

<sup>70</sup> Alguns aspectos desta Lei serão estudados mais adiante quando da análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-7 julgada em 2009 pelo STF.

<sup>71</sup> Sendo certo que a liberdade ali assegurada não abrange o direito de caluniar, difamar ou injuriar.

Verifica-se por óbvio uma mudança de postura no texto constitucional no que diz respeito ao tratamento da liberdade de expressão e na regulamentação das empresas de comunicação.

Trata-se de uma Constituição elaborada em um período histórico no qual se pretendeu uma ruptura com a ditadura militar e com as imposições por ela infligidas, durante décadas, à liberdade de expressão, sendo desejo claro do constituinte e da sociedade a construção de uma sociedade mais aberta à livre opinião e expressão<sup>72</sup>.

### 1.2.3 - A DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE IMPRENSA PELO JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 130-7

Verifica-se que durante anos o sistema jurídico brasileiro conviveu com duas normativas completamente distintas quanto à liberdade de expressão exercida pelos meios de comunicação: de um lado a Lei 5.250/67 e de outro a Constituição Federal de 1988. Para muitos a Lei 5.250/67 era incompatível com o texto constitucional e não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988 e, portanto não faria mais parte do ordenamento jurídico. Para outros era apenas parcialmente inconstitucional sendo que alguns dispositivos ainda teriam eficácia.

No meio de opiniões tão divergentes as ações propostas com base na referida Lei recebiam o tratamento mais diverso possível, em conformidade com a opinião do julgador acerca da validade deste diploma<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Sérgio Cruz Arenhart ao tecer comentários acerca da abordagem constitucional da liberdade de informação afirma: “Aqui, parece óbvia a conclusão de que a proteção a tal interesse, no que pertine ao particular – assegurada em uma Constituição que pretendia romper com um regime ditatorial, de cunho militar, que a antecedeu – tinha por intenção permitir o acesso a todos da notícia, do conhecimento dos fatos que ocorrem no dia-a-dia”. ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada, ob cit, p. 84

<sup>73</sup> Veja-se, por exemplo: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. **CRIMES CONTRA A HONRA. ALEGADAS OFENSAS IRROGADAS POR MEIO DE SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO. PROCEDIMENTO ESPECÍFICO DA LEI DE IMPRENSA. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.**

**As figuras típicas dos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, respectivamente, calúnia, difamação e injúria, apresentam o mesmo enunciado daquelas previstas nos arts. 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa, aplicando-se esta lei, por sua especialidade, quando restar configurada a sua hipótese de aplicação, tal como previsto no art. 12 da Lei 5.250/67. (...)** (AgRg na APn .371/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/04/2008, DJe 28/08/2008) (grifos nossos)

A discrepância entre a Carta Maior e a legislação infraconstitucional foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 521 proposta em 1991, que não foi conhecida pelo Superior Tribunal por impossibilidade jurídica do pedido, pelo entendimento do Ministro Paulo Brossard de que, com a nova Constituição, os dispositivos com ela materialmente incompatíveis não possuiriam eficácia sendo desnecessário pronunciamento sobre o tema<sup>74</sup>.

**REPARAÇÃO DE DANOS. DANO MORAL. LEI DE IMPRENSA.**

**E INDENIZAVEL O DANO MORAL DECORRENTE DE NOTICIÁRIO VEICULADO PELA IMPRENSA, CONSIDERADO OFENSIVO A HONRA DO AUTOR (ART. 49, INCISO I, DA LEI NR. 5.250, DE 09.02.67).** RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 2.187/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/1990, DJ 13/08/1990 p. 7650) (grifos nossos)

**INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral.** Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. **Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988.** Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (RE 447584, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-04 PP-00624 RTJ VOL-00202-02 PP-00833 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 263-279 RDDP n. 51, 2007, p. 141-148) (grifos nossos)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. **Lei de Imprensa, art. 56, não recepcionado pela Constituição de 1988. Precedentes.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 423141 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27/09/2005, DJ 21-10-2005 PP-00040 EMENT VOL-02210-02 PP-00358) (grifos nossos)

**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR DA CONDENAÇÃO. ART. 57, § 6º, DA LEI DE IMPRENSA. INEXIGIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ.**

**1. A jurisprudência desta Corte dispensa o depósito prévio previsto no artigo 57, § 6º, da Lei de Imprensa independentemente do valor fixado a título de danos morais.**

Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 713.469/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 18/03/2009) (grifos nossos)

<sup>74</sup>CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel a Constituição; inconstitucional, na medida em que desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito a lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação a Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do voto proferido na ADIn n. 2-



Em 2008 o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 130-7 em que requereu “declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa (a) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e (b) outros carecem de interpretação conforme com ela compatível” <sup>75</sup>.

O Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, expôs suas razões pelo provimento integral do recurso declarando a não recepção da Lei em comento pela Constituição Federal de 1988, enquanto os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie julgavam improcedente quanto aos artigos 1º, § 1º, 2º *caput*, 14, 16, inciso I e 20, 21 e 22, o Ministro Gilmar Mendes julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36 e o Ministro Marco Aurélio a julgava totalmente improcedente.

Por maioria de votos foi declarada a inconstitucionalidade integral da Lei de Imprensa. Passamos aos principais fundamentos do voto do Senhor Relator.

Inicia o Ministro apontando uma dupla dimensão da liberdade de imprensa – entendida aqui em sentido amplo como a liberdade de todos os meios de comunicação que transmitem informações e expressão idéias.

De um lado sob perspectiva objetiva, a liberdade de imprensa seria *instituição-idéia*, uma atividade com capacidade de multiplicar condutas e entendimentos. Já subjetivamente seria *instituição-entidade*, quando vista a partir das diversas empresas, órgãos e meios dotados de personalidade jurídica que compõem a imprensa.

Na seqüência, faz a constatação de que a imprensa seria o principal veículo utilizado pelos cidadãos para se informar acerca dos acontecimentos cotidianos e para entretenimento, além de exercer uma importante função de investigação e denúncia de irregularidades na esfera pública e privada. Outro importantíssimo papel exercido pela imprensa seria o de se contrapor à visão oficial dos acontecimentos. Por tudo isso:

Não sendo exagerado afirmar que esse estádio multifuncional da imprensa é, em si mesmo, um patrimônio imaterial que corresponde ao mais

---

1/600. (ADI 521, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/1992, DJ 24-04-1992 PP-05375 EMENT VOL-01658-01 PP-00047 RTJ VOL-00141-01 PP-00056)

<sup>75</sup>ADPF nº. 130-7 p. 13 in <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> acessado em 22/03/2010

eloqüente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. *Status* de civilização avançada, por conseguinte<sup>76</sup>.

Elogia o Relator o tratamento dado pelo Texto Constitucional ao tema da imprensa, especialmente quanto à sua liberdade sustentando seu posicionamento no *caput* e §§ 1º e 2º do artigo 220 que teriam afastado qualquer possibilidade de limitação prévia ou censura ao direito de imprensa, sendo tais dispositivos auto-aplicáveis, uma vez que não teria o constituinte condicionado a sua eficácia à elaboração de qualquer regulamento infraconstitucional. Em suas palavras ao tratar do *caput* do artigo 220:

(...) no último dispositivo transcrito a Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) **que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria Constituição.**<sup>77</sup> (grifo do autor)

A liberdade de imprensa apenas se limitaria pelo disposto nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5º da Carta Magna, que vedam o anonimato, oportunizam o direito de resposta, de indenização por dano material ou moral por lesão à moral, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, dispõem acerca do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, com observação das qualificações exigidas em lei e o direito de sigilo de fonte de informação, se necessário.

O Ministro afirma ainda que com a liberdade se daria também a responsabilidade e que o controle da liberdade dos meios de comunicação se daria através da autorregulação do setor.

Para o Relator haveria igualmente uma nova categoria de direito coletivo e individual chamada de *valor social da visibilidade* com o qual a imprensa estaria intimamente ligada. Seria um direito à verdade dos fatos, à ciência das motivações, propostas de trabalho, vida pregressa e afins daqueles que possuem ou pretendam possuir destaque na sociedade, especialmente na condição de agente público. A realização deste *valor social da visibilidade* se daria através dos meios de comunicação.

---

<sup>76</sup> *Idem, ibidem* p. 25.

<sup>77</sup> *Idem, ibidem* p. 43.

A imprensa livre além de concretizar os princípios da soberania – entendida como soberania do eleitor soberano, e da cidadania, vista “como o direito de conhecer e acompanhar de perto as coisas do Poder<sup>78</sup>” – seria irmã siamesa da democracia e, desta forma, sua liberdade de atuação seria maior do que a da liberdade de expressão do indivíduo em si, pois através da imprensa ela ganharia visibilidade<sup>79</sup>.

Um dos pontos de maior destaque do voto do Relator se dá quando este afirma que na Constituição Federal haveria dois blocos de direitos dentro do artigo 5º. O primeiro estaria nos incisos IV e IX e trataria acerca da liberdade de expressão e de pensamento – abrangendo também o artigo 220 pois este é o exercício destes direitos pelos meios de comunicação. E o segundo seria formado pelos demais direitos de personalidade, especialmente aqueles que na realidade prática costumam colidir com o direito de expressão como o direito à intimidade, à imagem, à honra e à vida privada.

Os direitos de liberdade de expressão e de pensamento foram denominados de *sobredireitos* e não poderiam sofrer limitação em seu núcleo duro antes do seu exercício concreto nem mesmo pelo primeiro bloco de direitos do artigo 5º, sendo entendido por núcleo duro desses direitos a questão do “tempo de início e de duração do seu exercício; segunda, sua extensão ou tamanho do seu conteúdo<sup>80</sup>”,

Faz-se referência a duas passagens onde este entendimento é explicitado:

Não há como garantir a livre manifestação de pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do *caput* do art. 220 da CF, a criação e informação), **senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros.** (grifo do autor)

Cuida-se, tal primazia, marcadamente em matéria de imprensa, de uma ponderação ou sopesamento de valores que a própria Constituição antecipadamente faz e resolve por um modo temporalmente favorecedor do pensamento e da expressão; ou seja, antes de tudo, duas coisas: uma, o ato de pensar em público ou para além dos escaninhos simplesmente mentais da pessoa humana, sabido que “manifestação de pensamento” implica esse transpasse de uma esfera simplesmente abstrata ou interna ao

---

<sup>78</sup> *Idem, ibidem* p. 38.

<sup>79</sup> “O que faz de todo o capítulo constitucional sobre a comunicação social um melhorado prolongamento dos preceitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato”. *Idem, ibidem* p. 41

<sup>80</sup> *Idem, ibidem* p. 55.

indivíduo para outra empírica ou externa; a segunda o ato de se expressar intelectualmente, artisticamente, cientificamente e comunicacionalmente, a se dar, por evidente, no mundo das realidades empíricas. Somente depois de qualquer dessas duas atuações em concreto é que se abre espaço à personalíssima reação dos eventuais prejudicados na sua liberdade, vida privada, honra e imagem.<sup>81</sup>

No entendimento do Ministro Carlos Ayres Britto a proporção entre dano material ou moral e indenização não poderia ser afetada pelo fato do dano ter sido veiculado na mídia. Da mesma forma na esfera penal não se poderia apenar jornalistas de forma diversa dos demais autores delituosos.

Após fazer um breve comparativo entre os dispositivos da Lei de Imprensa e a Constituição Federal conclui o Relator pela incompatibilidade material da Lei com o texto constitucional e pela impossibilidade de se realizar interpretação conforme dos dispositivos que não fossem julgados inconstitucionais por entender que seria:

Espécie de emenda insuscetível de salvar um soneto que tem em cada um dos seus versos a motivação e o significado, não apenas do verso anterior ou dos versos anteriores, não somente do verso posterior ou dos versos posteriores, **mas de todos eles em congruente e inapartável unidade**<sup>82</sup>.  
(grifo do autor)

A principal consideração a ser feita sobre o voto do Relator é que este considera que a liberdade de imprensa não poderia sofrer qualquer tipo de limitação prévia, pelo disposto no artigo 200 *caput* e §§ 1º e 2º do texto constitucional.

Conforme já exposto, a Constituição de 1988 foi fortemente marcada pelo sentimento generalizado de que a possibilidade de convocação de uma Assembléia Constituinte naquele momento – em que a maioria da sociedade desejava uma nova forma de governo, democrático e plural, desvinculado das estruturas e da ideologia do regime militar –, era a oportunidade de construção de um novo Estado e de um rearranjo da sociedade.

A liberdade de expressão, seja individual ou expressada mediante meios de comunicação, havia sofrido grandes golpes durante o regime através da própria Lei de Imprensa, do Ato Institucional nº. 05 e dos censores. Justifica-se desta forma porque o texto constitucional dispôs que a liberdade de expressão apenas poderia ser limitada pela própria Constituição.

---

<sup>81</sup> *Idem, ibidem* p. 47 e 50 respectivamente.

<sup>82</sup> *Idem, ibidem* p. 75.

Passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição e consolidada a democracia e a liberdade de expressão não há motivação para a defesa absoluta da liberdade comunicativa.

O posicionamento do Ministro Relator que elevou a liberdade de expressão à um nível superior a dos demais direitos, vai em sentido contrário ao do entendimento hodierno que compreende que nenhum princípio ou direito, por mais fundamental que seja, possui primazia absoluta sobre outros princípios e direitos de mesma qualificação.

Na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, como o de liberdade de expressão, à honra, à vida privada, à imagem e à intimidade, a ponderação deve se dar mediante análise dos elementos do caso concreto através da técnica da proporcionalidade, amplamente aceita pela doutrina e aplicada pela jurisprudência nacional e não *a priori* conforme defendeu o Relator.

Os votos divergentes dos demais Ministros serão sucintamente expostos a seguir.

O Ministro Joaquim Barbosa afirma que o Estado nem sempre atuaria em sentido contrário ao da liberdade de expressão, mesmo que muitas vezes já o tenha feito, podendo agir também em favor da liberdade de imprensa, especialmente ao garantir a sua diversidade.

Em consonância com o parecer do Procurador-Geral da República, entende que o § 1º do artigo 1º que veda a propaganda de guerra, de subversão da ordem política e social e de preconceitos de raça e de classe, e os artigos 14 e 16, inciso I que tipificam tais condutas, deveriam ser mantidos desde que no contexto do artigo 136 da Constituição Federal.

Sobre os demais pontos, concorda em linhas gerais com o Relator, discordando somente quanto aos artigos 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa, que tratam dos tipos penais de calúnia, difamação e injúria, no seu entendimento deveriam ser mantidos assim como o *caput* do artigo 2º.

No mesmo sentido é o voto da Ministra Ellen Gracie que em suas razões se manifesta de forma contrária à preponderância de um direito fundamental sobre outros:

Não enxergo, com a devida vênia, uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de todas as demais garantias individuais.

Entendo (...) que a inviolabilidade dos direitos subjetivos fundamentais, sejam eles quais forem, não pode ser colocada na expressão adotada pelo eminente relator, num “estado de momentânea paralisia” para o pleno usufruto de apenas um deles individualmente considerado. A idéia de calibração temporal ou cronológica, proposta por Sua Exa., representaria a meu sentir, a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de terceiros<sup>83</sup>.

A fim de embasar o seu posicionamento o Ministro Marco Aurélio utilizou-se de trabalho elaborado por René Ariel Dotti intitulado “controle democrático da liberdade de informação: uma lei própria para regular o universo dos meios de comunicação” e de artigo do jornal Folha de São Paulo em que há inclinação pela necessidade de manutenção da Lei de Imprensa.

Assim como a Ministra Ellen Gracie, o Ministro defende que a liberdade de imprensa não seria um direito absoluto e que os artigos da Lei 5.250/67 incompatíveis com o novo texto constitucional já teriam e continuam sendo afastados pelo Poder Judiciário, sendo que certos artigos, como o de número 66, teriam redação mais favorável aos meios de comunicação e aos jornalistas do que o restante da legislação. Desta forma vota pela improcedência da ADPF nº. 130-7.

Por fim tem-se o voto do Ministro Gilmar Mendes que inicia a sua longa exposição com as diversas concepções acerca da liberdade de imprensa. Haveria duas correntes principais: a americana e a alemã.

Nos Estados Unidos da América inicialmente teria prevalecido uma visão liberal que entendia pela não intervenção estatal, defendida primeiramente pelo Juiz da Suprema Corte Oliver Holmes e pela expressão por ele criada “mercado das idéias”. Em momento posterior o republicanismo passou a ver a liberdade de expressão como elemento basilar para o sistema constitucional de deliberação pública e para a democracia, sendo assim permitido ao Estado interferir para aperfeiçoar o debate público.

O Tribunal Constitucional alemão mediante diversos julgados firmou entendimento de que os direitos fundamentais, incluída a liberdade de expressão, teriam duas dimensões simultâneas: uma subjetiva ou individual que possibilitaria aos seus titulares impô-los perante os demais e outra, objetiva ou institucional que, no caso da liberdade de expressão, seria uma garantia institucional de formação da opinião pública.

---

<sup>83</sup>Idem, *ibidem* p. 127/128.

O Ministro entende que a liberdade de expressão prevista no artigo 220 da Constituição Federal não seria absoluta, pois o § 1º do mesmo artigo menciona que deveriam ser observados os incisos IV, VI, X, XIII e XIV do artigo 5º do mesmo diploma, que tratam entre outros dos direitos à imagem, intimidade, honra e vida privada, havendo assim uma reserva legal qualificada.

Combate o argumento comum de que países de democracias desenvolvidas não possuiriam uma lei de imprensa, trazendo a legislação de imprensa de países como o Reino Unido, a França, a Espanha, o Chile, e o México, entre outros.

A fim de fundamentar o seu posicionamento afirma que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não teriam respostas para todos os assuntos relativos à imprensa tratados na Lei 5.250/67, como o direito de resposta, que apesar de previsto na Constituição precisaria de uma regulamentação mais específica.

Afirma que haveria uma “desigualdade de armas” entre os cidadãos e a imprensa e que o direito de resposta seria uma forma de dar “igualdade de armas”. Assim:

**Existem, na lei brasileira, normas mínimas de organização e de procedimento para o exercício do direito de resposta. Se essas normas forem declaradas como não recepcionadas pela Constituição de 1988, certamente será instaurado um quadro de extrema insegurança jurídica, que afetará a todos – cidadãos e meios de comunicação. Regras mínimas para o exercício do direito de resposta são, não se pode negar, uma garantia de segurança jurídica também para os próprios meios de comunicação.<sup>84</sup> (grifo do autor)**

Entende ainda:

É certo que a atual Lei de Imprensa (Lei nº. 5.250/67) deve ser substituída por uma nova lei, que seja aberta, na medida do possível, à autorregulação, fixando dessa forma, princípios gerais e normas instrumentais de organização e procedimento. Mas declará-la totalmente não recepcionada pela Constituição de 1988, neste momento, poderia configurar um quadro de insegurança jurídica que seria extremamente danoso aos meios de comunicação, aos comunicadores e à população em geral<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> *Idem, ibidem* p. 266.

<sup>85</sup> *Idem, ibidem* p. 267.

Como os demais votos divergentes, afirma que a Lei de Imprensa seria sim fruto do regime militar, mas que os dispositivos autoritários não estariam mais sendo aplicados.

Menciona ainda o poder que a imprensa tem hodiernamente, citando como exemplo e dando detalhes do caso “escola base”.

Concluindo, vota pelo provimento parcial da demanda, com manutenção dos artigos 29 a 36.

No tangente aos votos divergentes, o posicionamento que melhor compreendeu a questão foi o do Ministro Marco Aurélio, que desproveu a ação por entender que os artigos incompatíveis com a Constituição têm sido afastados pelo Judiciário e que alguns dos dispositivos compatíveis seriam mais benéficos aos jornalistas e aos meios de comunicação do que a legislação ordinária.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, com a devida vênia, se ativeram a aspectos de importância secundária como a propaganda de guerra, de subversão da ordem política e social e de preconceitos de raça e de classe e os tipos penais presentes na Lei de Imprensa.

Ao que parece, a questão central da demanda diz respeito à possibilidade ou não de limitação do direito de liberdade de expressão – seja ele manifestado de forma individual ou institucionalizada –, pela Constituição Federal e a compatibilidade da Lei de Imprensa com o atual texto constitucional.

Desta forma é de se ressaltar alguns aspectos do voto do Ministro Gilmar Mendes que, a fim de avaliar a questão, foi buscar as teorias dominantes sobre a liberdade de expressão e o tratamento dado a questão por outros Estados, além de analisar detidamente a nossa Constituição Federal e ordenamento para, ao fim, concluir, entre outras coisas – assim como a Ministra Ellen Gracie –, que o texto constitucional não traz sobreposição apriorística de um direito sobre os demais, no caso o direito de liberdade de expressão.

A seu ver a Lei de Imprensa apesar de algumas incompatibilidades com o texto da Constituição Federal de 1988 regularia aspectos ainda hoje essenciais, como o direito de resposta, que não possuiria previsão em outro instrumento normativo a não ser na Lei 5.250/67.

De qualquer forma, a partir deste julgamento a Lei de Imprensa não faz mais parte do nosso ordenamento jurídico.



## CAPÍTULO 2 – PROVA CIVIL E ÔNUS DA PROVA

A categoria jurídica do ônus faz parte da teoria geral do direito e, portanto diz respeito a vários ramos da matéria. Contudo ganha especial relevo quando tratada dentro do sistema processual – neste caso o civil –, pois, apesar das controvérsias que serão abordadas na sequência acerca da natureza do ônus e do objeto da prova, se pode dizer que tal categoria é quem disciplina a quem compete a prova de quais alegações, e quais são as consequências processuais advindas do cumprimento ou do descumprimento do ônus.

Antes de tratar da questão do ônus, deve se ter em conta que este existe para disciplinar a necessidade inerente ao processo de que as partes provem as suas afirmações, sob pena de indeferimento de suas pretensões.

Somente através da prova o Magistrado, terceiro estranho à lide, poderá tentar se aproximar do empírico e dos fatos que nele ocorrem – normalmente passados – e que são relevantes para o deslinde do feito.

### 2.1 – CONCEITOS DE PROVA E DE ÔNUS

Conceito dos mais variados significados, a prova, em seu sentido denotativo, pode ser entendida como “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”<sup>86</sup>.

Processualmente assume outras acepções, como a conhecida tripartição elaborada por JOÃO DE CASTRO MENDES que entende a prova ao mesmo tempo como atividade, como meio e como fim. EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO traz o pensamento deste autor:

Vista como atividade, “a prova situa-se no campo dos atos jurídicos, será um, ato simples, ou uma atividade”, vista como meio, “a prova poderá ser um fato, uma pessoa, uma coisa e até uma atividade ou um raciocínio”. Por fim, vista como resultado, “a prova é, não uma atividade ou um meio, mas o resultado a que uma e outra tendem: o resultado probatório”<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> CASTRO, Francisco Augusto Das Neves. *Theoria das Provas e sua Aplicação aos Actos Civis apud* PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil* 1ª Ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 18.

<sup>87</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz De. *Exegese do Código de Processo Civil*. Vol. IV, Tomo I – Rio de Janeiro, AIDE, 1984 p. 55/56.

Não obstante adotado por vários doutrinadores<sup>88</sup> o conceito tripartite de prova é por outros rechaçado por ser demasiadamente aberto. RODRIGO XAVIER LEONARDO propõe que dele sejam retirados o elemento "ato de provar", pois "este representa, tão somente, um dos atos jurídicos que podem ser praticados pelas partes no desenvolver da relação jurídica processual", e também o componente "meio de prova" que seria apenas uma característica da noção de prova uma vez que:

uma prova somente se torna um meio para algo, dentro do processo, quando é utilizada na formação do convencimento do magistrado sobre os fatos alegados pelas partes no processo. A prova, ao contrário dos *meios de prova*, pode surgir em juízo, como na oitiva de testemunhas, bem como pode ser constituída antes do processo<sup>89</sup>.

Entende, então, o autor a prova como: "todo e qualquer objeto ou manifestação capaz de fornecer ao juiz convicção sobre as afirmações feitas pelas partes no processo<sup>90</sup>."

No mesmo viés que conecta a prova ao convencimento judicial é o conceito de LUIZ GUILHERME MARINONI e de SÉRGIO CRUZ ARENHART para quem prova:

*é todo o meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto da impugnação, feitas no processo.*<sup>91</sup> (grifo dos autores)

Como todos os temas ligados à prova até agora trabalhados, o seu objeto também é ponto controvertido. O entendimento da chamada doutrina clássica<sup>92</sup> é o de que o objeto da prova seriam os fatos controversos. Assim cada parte deveria provar os fatos conforme a posição ocupada na relação processual.

<sup>88</sup> Além do citado Egas Dirceu Moniz de Aragão também são adeptos deste entendimento Moacyr Amaral Dos Santos e Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, conforme se verifica em PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, ob cit p. 18 e Eduardo Cambi em CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 47/48.

<sup>89</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Imposição e Inversão do Ônus da Prova – Rio de Janeiro: Renovar, 2004 p, 18/19.

<sup>90</sup> *Idem, ibidem*, p. 19.

<sup>91</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 264.

<sup>92</sup> Na nota de rodapé nº. 29 Rodrigo Xavier Leonardo faz uma enumeração de diversos autores festejados do processo civil, entre eles Liebman, Gian Antonio Micheli, Echandia, Pontes de Miranda e Egas Moniz que se posicionam neste sentido. LEONARDO, Rodrigo Xavier, ob cit, p. 21.

Contudo construções teóricas mais recentes<sup>93</sup> possuem posicionamento diverso, afirmando que o que se prova nos autos não seriam os fatos, mas as alegações acerca dos fatos. De acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART:

O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que esse existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da *veracidade da alegação do fato*.<sup>94</sup>

A prova deve ter como objeto a afirmações de fatos. Mas a alegação que possui importância para o deslinde da causa e que interfere no convencimento do Magistrado é aquela controversa, pertinente e relevante.

O senso comum é o de que as alegações controvertidas são as afirmadas por uma parte e impugnados pela outra<sup>95</sup>.

Utilizando-se das definições presentes no Código de Processo Civil de fatos incontroversos, RODRIGO XAVIER LEONARDO define os fatos controversos. Os incontroversos seriam os fatos notórios, (art. 334, I), os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (art. 334, II) e os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade (art. 334, IV) <sup>96</sup>.

Existem ainda os fatos trazidos por uma parte e admitidos pela outra, que fora as exceções previstas nos incisos do artigo 302 do Código de Processo Civil são presumidos verdadeiros.

Na mesma linha de raciocínio não seria objeto de prova a legislação federal – processual e material –, sendo que o direito municipal, estadual, estrangeiro e o consuetudinário devem ser provados, conforme teor do artigo 337 do Código de Processo Civil.

---

<sup>93</sup> O mesmo autor informa que coadunam deste entendimento nomes como Carnelutti, Goldschmidt e Ovídio Baptista. *Idem, ibidem*, p. 21/22.

<sup>94</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento ob cit p. 265.

<sup>95</sup> CAMBI. Eduardo. A prova Civil: Admissibilidade e Relevância – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006 p. 299

<sup>96</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier ob cit p. 28.

Pertinentes são as afirmações de fatos que na definição de EDUARDO CAMBI<sup>97</sup> “dizem respeito à causa ou que não são estranhas ao objeto do processo<sup>98</sup>”.

Sendo assim, as alegações relevantes são as “que, sendo pertinentes, também são capazes de influir positivamente na decisão da causa<sup>99</sup>”. Conforme anota RODRIGO XAVIER LEONARDO, no exame realizado pelo Magistrado para a verificação da relevância de uma afirmação de fato para a solução da lide, e para que se confirme a necessidade ou não da sua prova, este se utilizaria de um juízo de verossimilhança<sup>100</sup>, que será posteriormente analisado.

### 2.1.2 - ÔNUS DA PROVA

A noção de ônus, conforme aponta LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, se faz presente desde o direito romano, mas a sua conceituação apenas teria sido tentada a partir do positivismo do fim do século XVIII e início do século XIX<sup>101</sup>.

Durante muito tempo o ônus foi entendido como uma situação jurídica passiva, como um dever, ou melhor, uma espécie de obrigação<sup>102</sup>.

No entanto tal posicionamento não mais se sustenta diante dos estudos realizados por diversos doutrinadores<sup>103</sup> acerca dos elementos constitutivos da

---

<sup>97</sup> O autor entende que a prova recai sobre o fato e não sobre a alegação, o que, contudo não invalida o seu entendimento do que vem a ser pertinente.

<sup>98</sup> CAMBI. Eduardo. A prova Civil: Admissibilidade e Relevância, ob cit p. 299.

<sup>99</sup> *Idem*, *ibidem* p. 299.

<sup>100</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier ob cit p. 30.

<sup>101</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura ob cit p. 20/21.

<sup>102</sup> É o que aponta Rodrigo Xavier Leonardo mencionando os ensinamentos de Carnelutti. LEONARDO, Rodrigo Xavier ob cit p. 54/55 e Luiz Eduardo Boaventura Pacífico ao comentar que este seria o posicionamento do famoso comercialista Tullio Ascarelli. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura ob cit p. 22.

<sup>103</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier ob cit p. 53/64 onde o autor diferencia obrigação, ônus e faculdade; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura ob cit p. 35; CAMBI. Eduardo. A prova Civil: Admissibilidade e Relevância ob cit p.314/316 e CREMASCO, Suzana Santi. A Distribuição Dinâmica do ônus da Prova – Rio de Janeiro, GZ, 2009 p. 23/28.

obrigação e do ônus, e da grande diferença existente entre esses dois institutos. Grosso modo podem-se fazer algumas diferenciações entre ambos.

Na obrigação, o agir de cada um dos ocupantes – tanto do pólo ativo quanto do pólo passivo da relação jurídica – possui uma pretensão correlata, na qual dentro dos parâmetros fixados pela relação, não há margem para um agir diverso.

É o contrário do que ocorre com o ônus, pois ele interessa somente ao próprio sujeito a quem ele compete. Não há outro sujeito exigindo, requerendo, que este cumpra com o seu ônus, pois inexistente uma relação de pretensão e dever.

Pode-se dizer ainda que a falta de cumprimento de uma obrigação caracteriza um ilícito que torna a pretensão da parte contrária plenamente exigível. O mesmo não ocorre com o ônus. Por ser expressão da liberdade do sujeito, a falta de observância de um ônus não traz como consequência um agir ilícito.

Por fim se pode ainda apontar que a transgressão de uma obrigação tem como decorrência uma sanção jurídica, que varia conforme a natureza da obrigação descumprida, enquanto que o descumprimento de um ônus apenas faz com que o sujeito deva aguentar eventuais consequências desfavoráveis decorrentes do seu não cumprimento.

Interessante destacar ainda que a observância do ônus da prova, subcategoria do conceito de ônus, não traz decorrência imediata favorável àquele que o cumpriu, uma vez que cabe ao Magistrado analisar as provas trazidas aos autos por ambas as partes e valorá-las<sup>104</sup>.

Em virtude do exposto acima se pode concluir que o ônus é uma espécie de posição jurídica ativa, mais especificamente, é um poder, se aproximando mais do conceito de faculdade do que o de direito subjetivo, pois no ônus não haveria a pretensão de um comportamento alheio, como no direito subjetivo<sup>105</sup>.

RODRIGO XAVIER LEONARDO diferencia ainda o ônus da faculdade apontando que a diferença entre eles:

consubstancia-se na fonte que impulsiona o comportamento de interesse pessoal do onerado. Tanto no ônus como na faculdade, a atuação da parte possui fundamento em um interesse pessoal; no ônus, contudo, é a lei que determina qual o comportamento a ser adotado para o efetivo exercício do poder correspondente, assim como qual o risco em contrariá-lo; na

<sup>104</sup> CREMASCO, Suzana Santi ob cit. p. 27.

<sup>105</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier, ob cit 62.

faculdade, por sua vez, tal escolha permanece totalmente no foro íntimo do sujeito<sup>106</sup>.

Conclui-se assim que o ônus pode ser conceituado como:

Poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis<sup>107</sup>.

O Código de Processo Civil prevê no artigo 333 a regra de distribuição do ônus da prova existente no sistema processual civil: ao autor caberia a prova dos fatos constitutivos e ao réu os fatos impeditivos, extintivos e modificativos. O mesmo artigo em seu parágrafo único traz a possibilidade das partes convencionarem a distribuição do ônus da prova de forma diversa, mas adverte que o convencionado não pode recair sobre direitos indisponíveis ou tornar tremendamente difícil a uma das partes o pleno exercício do seu direito.

SUZANA SANTI CREMASCO informa que, com exceção do parágrafo único e seu incisos, a regra de distribuição do ônus do atual Código de Processo Civil, pouco divergiu daquela prevista no diploma legal anterior de 1939, tendo sido alterado somente o enunciado, mantendo-se inclusive a localização desta regra dentro do Código, na seção das disposições gerais acerca da prova<sup>108</sup>.

O ônus da prova, objeto deste trabalho neste momento, possui natureza controversa: de ônus subjetivo ou de ônus objetivo, sendo que cada um deles seria aplicado em um momento processual, sendo também diversas as consequências advindas do seu cumprimento ou descumprimento.

Por ônus subjetivo se entende o ônus que é distribuído entre as partes conforme a sua posição na relação processual e a natureza de suas alegações. Assim caberia à parte autora a comprovação das afirmações atinentes aos fatos constitutivos do seu direito, e à parte ré a demonstração das alegações acerca dos

---

<sup>106</sup> *Idem, ibidem* p. 63/64.

<sup>107</sup> Conceito de Hernando Devis Echandía in PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura ob cit p. 37, presente também com pequena diferença em CREMASCO, Suzana Santi ob cit. p. 26.

<sup>108</sup> CREMASCO, Suzana Santi ob cit. p. 63.

atos impeditivos, extintivos e modificativos das alegações de fatos trazidos pelo autor<sup>109</sup>.

Os fatos constitutivos seriam aqueles que compõem o suporte fático da norma que o autor pretende ser incidente. Os fatos impeditivos, extintivos e modificativos por sua vez seriam os que formam o suporte fático das normas que possuem como efeito de sua incidência o surgimento de fatos impeditivos, extintivos e modificativos da pretensão do autor<sup>110</sup>.

Em contrapartida o ônus objetivo seria a maneira através da qual o Magistrado que chegasse ao final da fase instrutória com um processo carente de provas substanciais das alegações das partes, julgaria o feito, isto em virtude da proibição pronunciamento de julgamento *non liquet*, ou seja, de julgamento inconclusivo quando o pedido não está claro<sup>111</sup>.

Assim o julgador analisaria de quem era, no caso concreto, o ônus, e assim a quem a ausência de provas deve ser imputada.

É comum o posicionamento que afirma que o ônus subjetivo seria uma regra de conduta, ou de procedimento e o ônus objetivo uma regra de julgamento.

Partindo deste raciocínio, o ônus subjetivo incidiria na fase inicial do processo, para que as partes soubessem deste do início quais as alegações que devem provar para que a demanda lhe seja julgada favoravelmente.

---

<sup>109</sup> Suzana Santi Cremasco aponta que a idéia de distribuição do ônus da prova em fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos teve como maior expoente Chiovenda que afirmava que: "O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes de produzir o efeito que lhes é natural. Outras formulações ou coincidem com esta ou são inexatas". CREMASCO, Suzana Santi ob cit. p. 53/54.

<sup>110</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. O ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro. Revista Jurídica, ano 54, nº. 343, maio de 2006, p. 27.

<sup>111</sup> Conforme exposição de Calamandrei: "No raciocínio judicial, diferentemente daquilo que ocorre em qualquer outra matéria de discussão, a decisão é necessária: não é vedado aos médicos, depois de ter discutido longamente em redor do leito de um doente, terminar a consulta com o reconhecimento honesto que um diagnóstico seguro não é possível; mas o juiz não pode terminar o processo com um *non liquet*". No original: "nel ragionamento giudiziario, a differenza di quello che accade in qualsiasi altra materia di discussione, la decisione è *necessaria*: non è vietato ai medici, dopo avere a lungo discusso intorno al letto di un malato, di chiudere il consulto coll'onesto riconoscimento che una diagnosi sicura non è possibile; ma il giudice non può terminare il processo com um *non liquet*". In CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil, ob cit nota de rodapé 31 p. 55.

O ônus objetivo teria aplicação quando no momento de julgar o feito o Magistrado verificasse que uma das partes não trouxe aos autos as provas que lhe incumbiam. Como não comprovou as suas alegações essa parte seria a sucumbente.

A doutrina se divide<sup>112</sup>. Para alguns, as regras acerca do ônus da prova seriam subjetivas e com aplicação durante a fase de instrução, já para outra parcela seria regra aplicável no julgamento de casos de ausência de elementos probatórios.

O entendimento mais moderno sobre o tema informa que ambas as visões acerca da natureza das regras de distribuição do ônus da prova não seriam excludentes, sendo ao mesmo tempo regra de procedimento e de julgamento.

Como regra de procedimento, se dirigiria às partes para que estas de antemão soubessem quais as provas deveriam trazer ao processo e quais deveriam tentar produzir durante a fase de instrução para que a demanda tivesse o resultado que desejam.

Ao mesmo tempo é uma regra dirigida ao Juiz, para os casos em que, não obstante as partes estarem cientes das consequências da ausência de um bom conjunto probatório para o julgamento final da lide, estas não produzem as provas ou o fazem de forma insuficiente.

De acordo com SÉRGIO CRUZ ARENHART, que apesar de entender ser a regra do ônus da prova uma regra objetiva, comenta que:

Isto, todavia, não invalida a outra teoria a propósito da função da regra do ônus da prova. Na realidade as duas teorias não são excludentes, mas complementares, representando apenas duas faces de um mesmo fenômeno<sup>113</sup>.

No entanto não são somente as partes que podem produzir provas nos autos. Atualmente se permite, através de uma flexibilização do princípio dispositivo, que o Magistrado, necessitando de mais provas para a compreensão da lide, requirite-as de ofício.

O processo civil clássico teve como característica básica a inércia do Magistrado que deveria apenas julgar a demanda de acordo com as alegações e as

---

<sup>112</sup> Sérgio Cruz Arenhart em artigo sobre o assunto traz às notas de rodapé 03 e 08 os nomes de alguns renomados processualistas que entendem ser o ônus regra de procedimento, como é o caso de Chiovenda e Cândido Rangel Dinamarco e os que o vêem como regra de julgamento, tais como: Carnelutti, Taruffo, Liebman e Luiz Guilherme Marinoni, além do próprio autor. ARENHART, Sérgio Cruz. O ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro, ob cit p. 27/29.

<sup>113</sup> *Idem, ibidem*, ob cit p. 30. No mesmo sentido é o posicionamento de Suzana Santi Cremasco, ob cit p. 35 e de Eduardo Cambi. A prova Civil: Admissibilidade e Relevância, ob cit p. 317.



provas trazidas pelas partes. Mesmo nos casos em que durante a instrução percebia-se que provas essenciais para a solução do processo não foram trazidas ou produzidas pelas partes, o Juiz deveria se quedar inerte, julgando apenas com base nas provas existentes nos autos.

De acordo com o exposto durante todo esse trabalho a impossibilidade de o Magistrado interferir ativamente na instrução do processo advém de uma visão de que ao Juiz era reservada a função de julgar o feito sem qualquer interferência na esfera de liberdade das partes, ou seja, não podia impor ou mesmo requerer a produção de uma prova não solicitada pelas partes, mas apenas “gerenciar” o conflito.

As mudanças ocorridas na visão da função jurisdicional e do processo civil atenuaram a aplicação do princípio dispositivo, com a introdução de dispositivos que proporcionaram ao Magistrado algum poder de formação da prova. É o chamado princípio inquisitivo que dá ao Juiz poderes instrutórios.

O processo civil brasileiro ainda tem como linha mestre o princípio dispositivo, mas aos poucos foi adquirindo contornos que permitiram uma maior participação do julgador na formação do conjunto probatório, como o artigo 130 do Código de Processo Civil que prevê a determinação de provas *ex officio*.

O poder instrutório não se limita à possibilidade de determinação de provas de ofício, como bem aponta RODRIGO XAVIER LEONARDO, ele vai além englobando também: o poder de decidir quais são as provas relevantes ou não para a cognição, o poder de determinar diligências para a melhor instrução do processo e o poder de indeferir diligências inúteis<sup>114</sup>. Trata-se na verdade de um poder-dever que deve ser exercido em conformidade com os demais princípios processuais, especialmente o do contraditório e o da ampla defesa.

Não se pode olvidar ainda que depois de elaborada, a prova passa a fazer parte do processo e não mais diz respeito somente a parte que a produziu. Com isso se quer dizer que ela interessa ao processo, e caso tenha sido produzida por quem não possuía o ônus, tal não importa: ela passa a integrar o conjunto das provas e será analisada pelo Magistrado. Esse entendimento deriva do princípio da aquisição processual ou da comunhão da prova.

---

<sup>114</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier, ob cit 50.

## CAPÍTULO 2.2– MODIFICAÇÕES DO ÔNUS DA PROVA

É inegável que o ônus da prova – visto tanto como ônus subjetivo quando como ônus objetivo –, determina com antecedência qual o comportamento que as partes devem ter para que a demanda lhe seja julgada favorável, ou qual é a forma que o processo deve ser julgado diante da ausência de provas.

São na verdade regras estáticas que não visualizam as peculiaridades do caso concreto, como a qualificação das partes e a natureza das alegações a serem provadas.

Diversas são, contudo, as denominadas formas de modificação do ônus probatório.

### 2.2.1 – TEORIAS DE ALTERAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Será aqui utilizado o esquema trazido por SÉRGIO CRUZ ARENHART que divide as possibilidades de modificação em convencional, legal, judicial e necessária<sup>115</sup>.

A modificação convencional é resultado da convenção entre as partes e conforme exposto antes, sua permissão legal está presente no parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil. Para que seja possível às partes convencionarem acerca do ônus da prova se fazem necessários os mesmos requisitos exigidos para os negócios jurídicos: capacidade, licitude do objeto e forma admitida em lei.

Vale destacar que quanto ao objeto lícito, os incisos I e II do artigo 333 do Código de Processo Civil proíbem convenção que envolva direitos indisponíveis ou que dificultem sobremaneira o exercício do direito por uma das partes. O autor adverte que igualmente são proibidas convenções do ônus em relações de consumo em prejuízo do consumidor, de acordo com o artigo 51, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor e em situações de aplicação de normas de interesse público<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. O ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro ob cit, p.32.

<sup>116</sup> *Idem, ibidem*, p. 33.

A forma para a convenção, desde que obedecidos os parâmetros legais, é livre, podendo ser realizada dentro do processo ou em contrato apartado, visando demandas futuras, e pode versar sobre uma ou mais alegações de fato<sup>117</sup>.

Por modificação legal se entende aquela que traz regras acerca do ônus da prova diversas da regra geral do artigo 333 do Código de Processo Civil, como o artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Pela sua importância e altíssima aplicabilidade prática cabe aqui pequena observação sobre a chamada inversão do ônus da prova<sup>118</sup> nas relações de consumo. Nesses casos, a inversão do ônus da prova dar-se-ia quando presentes, além de uma relação entre consumidor e fornecedor, e seus equiparados – conforme artigos 2º e 3º do Código Consumerista –, a verossimilhança<sup>119</sup> das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência.

Quanto à modificação judicial, esta ocorre, por óbvio, a critério do Magistrado quando existente a presunção judicial, baseada no fato indiciário e na prova indiciária. Por indiciário se pode entender o fato ou alegação que não está

---

<sup>117</sup> *Idem, ibidem*, p. 33.

<sup>118</sup> Sérgio Cruz Arenhart critica a expressão “inversão do ônus da prova”, pois a previsão do CDC não traria uma verdadeira inversão do ônus uma vez que se assim fosse caberia ao réu a prova das alegações referentes aos fatos constitutivos e ao autor a prova dos impeditivos, extintivos e modificativos do seu próprio direito. O que existiria nesse caso seria uma modificação do ônus da prova. *Idem, ibidem*, p. 32.

<sup>119</sup> O conceito de verossimilhança será posteriormente trabalhado quando da abordagem de outras formas de distribuição do ônus probatório, bastando por enquanto que se traga o entendimento de SÉRGIO CRUZ ARENHART de que o julgamento com base na verossimilhança não seria uma forma de modificação do ônus, pois na presença dela o Magistrado deveria julgar em favor do consumidor e não aplicar a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil apenas pela ausência de certeza. Apenas quando diante da hipossuficiência haveria modificação do ônus da prova. Em suas palavras: “Como já dito, não há propriamente aqui aplicação de qualquer técnica de modificação do ônus da prova. Se a regra do ônus da prova é uma regra que se destina ao juiz para dizer a ele como julgar em caso em que não atinja o juízo conclusivo (convicção de certeza) a respeito de como as coisas aconteceram, é claro que em havendo verossimilhança (que beneficia a alegação do consumidor) a solução já está feita pelo próprio caso concreto. O juiz, crendo que o consumidor tem razão, deve considerar o fato em favor do consumidor, já que sua dúvida – embora existente – tende contra o outro pólo do processo. Sequer haveria sentido, a propósito, em sustentar que, neste caso (estando o magistrado mais propenso a considerar existente o fato de interesse do consumidor, embora não esteja certo a este respeito), desconsidere toda esta convicção (apenas porque não é de certeza) para privilegiar o fornecedor. Não há qualquer racionalidade que explique a tutela do interesse improvável, com o sacrifício do interesse provável, somente por conta da preservação de um princípio que se presta, apenas, como orientação *última* à decisão judicial”. *Idem, ibidem*, p. 39.

diretamente comprovado, mas que pode ser provado através de outro elemento, este plenamente conhecido<sup>120</sup>.

Como última forma de modificação na distribuição do ônus da prova tem-se a chamada modificação necessária, que ocorreria nos casos em que a produção da prova pela parte a quem o artigo 333 do Código de Processo Civil imputa seria inviável – ônus subjetivo – e esta arcaria com a sua falta – ônus objetivo. A alteração do ônus da prova se daria conforme cada caso, pelo Magistrado, sendo na verdade uma derivação da modificação judicial.

SÉRGIO CRUZ ARENHART traz exemplos de casos em que a modificação seria necessária: “nas ações negativas (fundadas na inexistência de certo fato) e para as ações voltadas para o futuro (ou seja, para a tutela inibitória)”<sup>121</sup>.

Na doutrina argentina a modificação necessária é trabalhada pela teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, teoria esta que começa a ser estudada por aqui<sup>122</sup>.

Segundo essa corrente de pensamento, a distribuição do ônus da prova deveria se dar de acordo com a capacidade de cada parte produzir provas, independentemente para tanto qual a posição processual de cada parte e quais os fatos a serem provados, se constitutivos, impeditivos, extintivos ou modificativos<sup>123</sup>.

Por capacidade se deve entender a possibilidade fática que uma parte tem de produzir a prova, seja porque possui melhores condições financeiras, técnicas ou cognoscitivas.

Os defensores desta teoria deixam claro que ela deve ser aplicada de forma subsidiária à distribuição estática do ônus e seria apenas para as situações em que

---

<sup>120</sup> Pela sua relevância, as questões do fato e da prova indiciária e das situações de aplicabilidade da modificação judicial serão estudadas no momento seguinte, quando da análise do tema da prova na ação inibitória.

<sup>121</sup> *Idem, ibidem*, p. 53.

<sup>122</sup> CREMASCO, Suzana Santi, ob cit p. 71 e s/s.

<sup>123</sup> De acordo com um dos percussores desta teoria, Jorge W. Peyrano: “A chamada teoria das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, e cujo mérito aquele que podia recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos”. *Apud Idem, ibidem* p. 72.

aquele a quem a lei determina a produção da prova, não pôde fazê-lo<sup>124</sup>. Neste ponto se aproxima com a modificação necessária do ônus tratada acima.

A estudiosa do tema SUZANA SANTI CREMASCO faz ainda a diferenciação entre a distribuição dinâmica do ônus da prova e a inversão do ônus, no sentido de que a inversão se pauta em critérios legais pré-fixados, enquanto que a distribuição dinâmica do ônus da prova se daria quando da análise pelo Magistrado do caso concreto<sup>125</sup>.

### 2.2.1.1 – JULGAMENTO COM BASE NA VEROSSIMILHANÇA

Para além das construções teóricas já expostas, a doutrina traz também uma nova possibilidade para os casos em que, na hora de julgar, o Magistrado – apesar de não encontrar as provas necessárias nos autos – não precise julgar o feito pela aplicação da regra do ônus objetivo.

Essa oportunidade de julgamento com base na verossimilhança seria específica para os casos em que uma das partes trouxe um conjunto probatório fraco, mas mesmo assim traz elementos de que suas afirmações sejam convincentes.

Primeiramente, antes de analisar mais a fundo em quais situações o julgamento da demanda pode ser baseado na verossimilhança, se faz necessário entender o que vem a ser a verossimilhança e como ela se distingue de outras figuras assemelhadas, como a possibilidade e a probabilidade. Para tanto será utilizado o clássico estudo de PIERO CALAMANDREI sobre a verdade e a verossimilhança no processo civil.

Segundo o mestre italiano verossímil “é aquilo que tem aparência de ser verdadeiro<sup>126</sup>”, ou seja, uma alegação de fato para ser considerada verossímil deve aparentar ser verdadeira. Para uma afirmação poder ser considerada como aparentemente verdadeira se deveria recorrer à experiência, ela indicaria quais as

---

<sup>124</sup> *Idem, ibidem* p. 73.

<sup>125</sup> *Idem, ibidem* p. 75.

<sup>126</sup> No original: “cio che ha apparenza di esser vero.” CALAMANDREI, PIERO. *Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile*. Revista di Diritto Processuale volume X parte I, Padova, Cedam, 1955, p. 170.

alegações tem maior chance de ocorrerem no mundo dos fatos em circunstâncias similares<sup>127</sup>.

O problema surge quando se tenta diferenciar a verossimilhança da possibilidade e da probabilidade. Possibilidade para o autor seria o que pode ser verdadeiro e provável o que se pode provar como verdadeiro<sup>128</sup>.

Entre as três qualificações haveria certa hierarquia de acordo com a proximidade alcançada por cada uma do conceito de verdade. Em suas palavras:

(...)se pode dizer que estas três qualificações (possível, verossímil e provável), constituem, nesta ordem, uma gradual aproximação, uma progressiva acentuação na direção do reconhecimento do que é verdade. Quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo de reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável, está ainda mais na frente de quem diz que é verossímil<sup>129</sup>.

Analisando alguns dispositivos do Código Civil italiano que proíbem a prova exclusivamente testemunhal para a prova de algumas alegações – como, por exemplo, para a prova de contratos acima de certo valor – e a possibilidade dada pelo próprio Código, de admissão desta prova a critério do Juiz pela qualificação das partes, pela natureza do contrato e outras circunstâncias do caso, defende CALAMANDREI um abrandamento do princípio dispositivo, dando-se ao Magistrado a possibilidade de gerenciar o ônus da prova conforme a verossimilhança das alegações da parte. Sendo verossímil a afirmação, o ônus da prova recairia sobre a outra parte, que deveria provar o contrário, ou seja, que a alegação verossímil era infundada<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> *Idem, ibidem* p.169/170. Conforme original: “(...) per giudicare se un fatto è verosimile o inverosimile, ricorriamo, senza bisogno di una diretta ricerca storica sulla sua concreta verità, a un criterio di ordine generale già acquisto in precedenza mediante l’osservazione del *quod plerumque accidit*: poichè l’esperienza ci insegna che fatti di quella stessa categoria avvengono normalmente in circostanze simili a quelle che si riscontrano nel caso concreto, si desume da questa esperienza che anche il fatto in questione si presenta coll’apparenza di esser vero; e viceversa si conclude che esso è inverosimile, quando, pur potendo esser vero, sembra però in contrasto col criterio suggerito dalla normalità.”

<sup>128</sup> *Idem, ibidem* p. 170.

<sup>129</sup> Na versão original: “si può dire che queste tre qualificazioni (possibile, verosimile, probabile) costituiscono, in quest’ordine, una graduale approssimazione, una progressiva accentuazione verso il riconoscimento di ciò che è vero. Chi dice che un fatto è verosimile, è più vicino a riconoscerlo vero di chi si limita a dire che è possibile; e chi dice che è probabile, è ancora più innanzi di chi dice che è verosimile *Idem, ibidem* p. 170/171.

<sup>130</sup> *Idem, ibidem* p. 177/178 e 180.

Em seu entendimento a verossimilhança não fundaria somente a fase instrutória ou a concessão de um provimento sumário, ela poderia igualmente basear o julgamento final do mérito.

No começo do seu artigo o mestre italiano afirma que todo o juízo de verdade não seria mais do que um juízo de verossimilhança que atingiu em quem julga o seu grau máximo, em virtude dos limitados meios de conhecimento que o julgador dispõe, sendo suficiente para dar a ele a certeza subjetiva acerca do fato<sup>131</sup>. Percebe-se que o autor coaduna com o entendimento de que a verdade absoluta não pode ser alcançada, mas que se deve buscar com esforço se aproximar desta meta inalcançável<sup>132</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, afirma que, no momento do julgamento da demanda, a distinção entre verdade e verossimilhança não teria importância para o resultado final do processo, que seria o mesmo tanto para o julgado baseado na verossimilhança quanto para o fundado na verdade.

A diferenciação entre ambos apenas teria relevância nas situações em que a verossimilhança se dá antes do juízo definitivo, como no caso da admissão de uma prova ou de concessão de um provimento sumário<sup>133</sup>.

Assim, seria possível ao Magistrado que chega ao momento final de julgamento sem a possibilidade de produção de outras provas, analisar aquelas contidas nos autos e julgar com base na verossimilhança. Adverte ainda que essa sentença depois de transitada em julgado também produziu certeza jurídica<sup>134</sup>.

Este posicionamento de CALAMANDREI é acompanhado no Brasil por LUIZ GUILHERME MARINONI que defende o julgamento fundado em verossimilhança quando diante das exigências do direito material<sup>135</sup>.

Primeiramente o doutrinador brasileiro deixa claro que, no julgamento, o Magistrado deve buscar estar convencido da verdade – entendida conforme as

---

<sup>131</sup> Em livre adaptação, *idem, ibidem*, p. 164/165.

<sup>132</sup> *Idem, ibidem* p. 191.

<sup>133</sup> *Idem, ibidem* p. 167/168.

<sup>134</sup> *Idem, ibidem* p. 188/189.

<sup>135</sup> MARINONI. Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto. Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 1ª ed in [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/luiz\\_marinoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/luiz_marinoni.htm) acessado em 15/01/2010 p. 03

diretrizes que serão oportunamente expostas neste trabalho, como a verdade possível de ser alcançada.

Caso não haja provas suficientes, deve julgar com base no ônus objetivo. Porém nas situações em que para o autor é extremamente difícil ou impossível a produção da prova, mas para o réu ela é possível de ser produzida, o ônus da prova deveria ser invertido na instrução.

Já se, na mesma situação, a produção da prova for impossível para ambas as partes as circunstâncias do direito material poderiam levar a inversão do ônus da prova na sentença<sup>136</sup>.

Em outro texto o mesmo autor traz o entendimento de GERHARD WALTER para quem alguns casos, não taxativos, mereceriam a chamada “redução do módulo da prova”, ou seja, julgamento fundando na verossimilhança da alegação do autor, como, por exemplo, os que dizem respeito a:

Enfermidades profissionais; acidentes de trabalho; lesões pré-natais, casos de refugiados e de vítimas do nazismo; casos de seguros; trabalho perigoso; proteção ao trabalhador contra a despedida; recusa ao serviço militar por razões de consciência; responsabilidade objetiva; infrações a determinados deveres<sup>137</sup>.

Apesar de ser um entendimento longe da unanimidade<sup>138</sup>, o julgamento com base na verossimilhança se abre como um caminho para os casos com instrução probatória deficiente, mas com elementos de exatidão entre as alegações de fato e as provas.

---

<sup>136</sup> *Idem, ibidem* p. 04.

<sup>137</sup> MARINONI. Luiz Guilherme. A Questão do Convencimento Judicial. In [http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080320041026A\\_QUESTAO\\_DO\\_CONVENCIMENTO\\_JUDICIAL.pdf](http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080320041026A_QUESTAO_DO_CONVENCIMENTO_JUDICIAL.pdf) acessado em 15/01/2010 p. 08/09. No mesmo texto Marinoni traz ainda as teses suecas que afirmam que o juiz pode julgar com base na verossimilhança, de que forma que o grau de verossimilhança capaz de atuar no convencimento do Magistrado seria definido anteriormente (pela lei ou pelo próprio sentenciante) e posteriormente ele avaliaria se a prova atingiu o grau necessário ao convencimento. Outra teoria elaborada pela doutrina sueca e alemã seria a de que o julgamento poderia ser fundamentado na verossimilhança mesmo que ela não tenha atingido o grau pré-determinado, bastando para tanto que existisse uma verossimilhança preponderante (de 51% sobre a da outra parte). Essa última construção é rechaçada pelo autor por entender que “o juiz, ainda que não possa buscar, na perspectiva gnoseológica, a verdade dos fatos – até porque essa não pode sequer ser a sua intenção-, evidentemente não pode abrir mão da necessidade de se convencer para julgar o mérito”. *Idem, ibidem* p.05/07 e 10.

<sup>138</sup> “O conceito de verossimilhança, desse modo, prescinde de elementos de prova, não podendo ser considerado o objetivo a ser alcançado pelo procedimento probatório”. CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil, ob cit. p. 60.



### 2.2.2 - O PROBLEMA DA PROVA NA AÇÃO INIBITÓRIA

Conforme abordado nos primeiros capítulos deste trabalho, os direitos de personalidade encontram a sua melhor proteção através da tutela inibitória, a única capaz de proteger essa categoria de direitos de uma ameaça de lesão ou do seu prolongamento.

O problema que surge quando da utilização da ação inibitória é o da prova da existência de uma lesão ao direito, seja ela continuada ou repetida. Mas o problema se agrava, em muito, nas situações de aplicabilidade da chamada tutela inibitória pura, em que existe apenas ameaça de lesão a um direito.

Para iniciar tema tão complexo e pouco estudado pela doutrina nacional, retomo o conceito de fato indiciário e de prova indiciária, mencionados quando da classificação das formas de modificação do ônus probatório elaborada por SÉRGIO CRUZ ARENHART.

O fato indiciário é um fato que apesar de não ser cabalmente provado pode ser induzido a partir de outro fato, o chamado fato principal, este sim plenamente capaz de ser comprovado. A prova do fato indiciário se dá através da prova indiciária.

Para que seja deferida prova com base no fato indiciário, a parte requerente deve demonstrar que o fato indiciário possui pertinência e relevância para a causa em questão, isto é, o fato a ser provado deve ser ligado ao ato temido e deve ser capaz de provar a probabilidade da sua ocorrência<sup>139</sup>.

SÉRGIO CRUZ ARENHART traz do direito norte-americano o conceito de que para uma presunção ser capaz de provar um fato indiciário ela deve satisfazer dois aspectos: o intensivo e o extensivo. Intensivamente a presunção deve ser capaz de demonstrar que daquele fato não surge outro a não ser aquele que se pretende provar – o fato indiciário –, e extensivamente, a presunção deve ser capaz de abarcar todo o fato indiciário<sup>140</sup>.

Com base na prova indiciária o Juiz elaborará um juízo de presunção, chamado também de presuntivo, através do qual baseará o deferimento da

---

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva, ob cit p. 61.

<sup>140</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. O ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro ob cit p.51

antecipação de tutela<sup>141</sup>, nos moldes do § 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil, ou ainda sentenciará no final do processo de conhecimento.

A prova indiciária não possui previsão no Código de Processo Civil, mas está presente de forma explícita no Código de Processo Penal, no artigo 239 que dispõe:

*Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*

Conforme aponta SÉRGIO CRUZ ARENHART diplomas normativos estrangeiros admitem o uso de provas indiciárias no processo civil, como é o caso do ordenamento italiano no artigo 2727 do Código de Processo Civil e do Código Civil espanhol que aceita o raciocínio presuntivo no artigo 1253<sup>142</sup>. A jurisprudência brasileira tem paulatinamente admitido o uso de provas indiciárias, conforme se verifica nos julgados abaixo:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. CRUZAMENTO DOTADO DE SEMÁFORO. VERSÕES CONFLITANTES SOBRE QUAL DOS CONDUTORES ESTAVA COM A PASSAGEM LIBERADA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE FAZEM PRESUMIR ESTAR CORRETA A VERSÃO DO AUTOR. PROVIMENTO DO RECURSO DO AUTOR. DESPROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU. No corpo do acórdão o magistrado refere que ambas as versões são possíveis, eis que cada uma das partes atribuiu à outra o desrespeito à sinalização. Ademais, cada uma das testemunhas sustentou a versão da parte que a arrolou. Porém, **levando-se em conta que a parte ré não contestou, tampouco apresentou contrapedido, o que permanece sem explicação diante da máxima de experiência de que não é usual que quem tenha colidido em alguém que desrespeitou o semáforo e lhe cortou a frente, simplesmente absorva os prejuízos (ainda mais quando não tem cobertura securitária), a demanda foi julgada procedente.** (TJRS Recurso Inom. 71000980243 Rel. Eugênio Facchini Neto 3ª Turma Recursal Cível j. 31.10.06) (grifos nossos).

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO C/C AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO A TEMPO E MODO - PRECLUSÃO - REDISCUSSÃO DA MATÉRIA EM SEDE DE APELAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PRELIMINAR - REJEIÇÃO - CHEQUE - USURA - PRESUNÇÃO DE AGIOTAGEM CONFIRMADA PELA PROVA INDICIÁRIA E NÃO AFASTADA PELO RÉU - ANULAÇÃO DO TÍTULO - NECESSIDADE - PROTESTO - INVIABILIDADE. I - É defeso à parte que não se insurgiu a tempo e modo contra decisão interlocutória, proferida no curso do processo, reabrir a questão em sede de apelação de sentença, quando de matéria de ordem pública não se trata. II - **A prova de**

<sup>141</sup> A antecipação de tutela que dispensa dilação probatória e o contraditório poderá, nos termos do dispositivo em questão, ser revogada a qualquer momento.

<sup>142</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. O ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro, ob cit p.49/50 nota de rodapé nº. 46 e 50. O que é vedado, pelo menos no sistema italiano, é a presunção da presunção, ou seja, a utilização de uma presunção para o estabelecimento de outra. SCALAMOGNA, Margherita. L' Efficacia Probatoria Degli Argomenti Di Prova. Rivista Di Diritto Processuale ano LXIV, nº. 5, 2009 p. 1166.

**agiotagem é de ponderável dificuldade, ante a ação simulada do usurário, pelo que é de ser admitida a prova indiciária, a partir de fatos conhecidos e presunções que decorrem do que normalmente acontece na vida, avaliada moderadamente pela experiência e livre convicção fundamentada do julgador.** III - Consubstanciado nos autos indícios fortes, sinalizadores da prática de agiotagem e usura, o que a legislação vigente repudia veementemente, constitui medida de direito a anulação do título de crédito viciado, evitando o enriquecimento indevido do fornecedor do empréstimo, não havendo que se falar, via de consequência, em protesto do mesmo. (TAMG A. Cível nº 400.241-9, Rel. Osmando Almeida 1ªCC J. 11/11/2003) (grifos nossos).

Nos casos de ação inibitória pura, onde a lesão ao direito é ainda provável, a prova pode se dar através de raciocínio presuntivo, como, por exemplo, a exposição de que o réu em outra situação já agiu da maneira temida e que pode novamente agir da mesma forma.

A avaliação realizada pelo Juiz para verificar se está na presença de uma prova indiciária e se esta é capaz de provar a alegação da parte se dá através das máximas de experiência e do senso comum previstas no artigo 335 do Código de Processo Civil.

A utilização das máximas de experiência para a avaliação da prova indiciária é de larga aceitação doutrinária conforme se verifica nas obras de MICHELE TARUFFO, LUIZ GUILHERME MARINONI, RODRIGO XAVIER LEONARDO e SERGIO CRUZ ARENHART<sup>143</sup>.

O eminente processualista italiano MICHELE TARUFFO expõe que a origem das máximas de experiência teria se dado com Friedrich Stein em 1893, que as teria definido como “uma regra geral construída indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas<sup>144</sup>”. Mais detalhadamente elas podem ser entendidas nas acertadas palavras de RODRIGO XAVIER LEONARDO:

A formação de uma máxima de experiência tem como ponto de partida fatos cotidianos que acontecem reiteradamente. Sua constituição como máxima, porém, só ocorre a partir da abstração desses mesmos fatos particulares. Neste sentido, segundo Barbosa Moreira, as máximas de experiência “(...) refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que,

<sup>143</sup> Respectivamente: TARUFFO, Michele. Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz. Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 2, v. 2 julho-dezembro/2001 p. 178; MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva, ob cit p. 61/62; LEONARDO, Rodrigo Xavier, ob cit 185; ARENHART, Sérgio Cruz. O ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro ob cit p.49.

<sup>144</sup> TARUFFO, Michele. Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz ob cit p. 186.

se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro<sup>145</sup>.

Um estudo um pouco mais aprofundado do tema e um pouco de reflexão fizeram MICHELE TARUFFO questionar a uniformidade do senso comum e das máximas de experiência, visualizando que talvez não existam na sociedade atual entendimentos padrões capazes de unir em torno de si os mais diversos agrupamentos sociais e as mais diferentes formas de pensar<sup>146</sup>.

Apesar de concordar com os levantamentos trazidos por TARUFFO não se pode deixar de reconhecer que o julgamento com fundamento nas máximas de experiência abre as portas para situações como a da prova na ação inibitória, em que tanto a questão da prova, do fato indiciário ou do raciocínio presuntivo tanto não são previstos quanto não há previsão legal específica que regule as ações baseadas no artigo 461 do Código de Processo Civil.

### CAPÍTULO - 2.3 - VERDADE PROCESSUAL E VERDADE JORNALÍSTICA

A questão da busca de uma verdade absoluta, tida como aquela incontestável, e a discussão sobre a possibilidade de alcançá-la, se faz presente da religião à filosofia, alcançando também outros ramos do conhecimento, tais como o jurídico e o jornalístico, onde a relação existente é entre a verdade e os fatos. Isto porque nos dois sistemas que serão abordados, os acontecimentos são a matéria-prima com a qual os profissionais de ambas as áreas trabalham.

<sup>145</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier, ob cit 184.

<sup>146</sup> TARUFFO, Michele. Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz ob cit p. 187. Em outra passagem ele explicita o seu questionamento: “O problema é que na verdade as coisas são assim: o senso comum, não importa como seja entendido ou definido, é cambiante, heterogêneo, incerto, incoerente. Histórica e localmente variável, epistemicamente dúbio e incontrolável. Pode-se chegar a um acordo sobre uma concepção geral, como a que ficou delineada acima, pela qual o senso comum é um conjunto de conhecimentos e critérios de julgamento, de raciocínio e interpretação, que se presumem geral ou preponderantemente compartilhados em dado ambiente social ou em certo momento histórico – mas isso não exclui que esse contexto tenha caracteres intrínsecos de variabilidade, de incoerência e de indeterminação. Além disso, como de resto acontece com qualquer pessoa, o juiz retira do senso comum informações que provêm de outras pessoas, sem ter qualquer controle sobre sua formação, qualidade e confiabilidade. Não é por acaso que existem inúmeros exemplos de convicções difusas que mais cedo ou mais tarde revelam-se falsas ou moralmente inaceitáveis. Além do mais, provavelmente ninguém poderia estabelecer com precisão o quê pertence e o quê não pertence ao senso comum em determinado lugar e momento, e muito menos seria possível redigir uma lista clara, coerente e completa dos *componentes* deste.” TARUFFO, Michele. Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz ob cit p. 180.

A propositura de uma demanda, a não ser nos casos excepcionais onde só há discussão relativa à aplicação de direito formal, necessita de uma base factual para existir. A norma de direito material somente pode incidir se existente o suporte fático.

Desta forma a veracidade dos fatos é uma questão de extrema importância para o operador do direito.

O mesmo ocorre com os jornalistas que trabalham diariamente com a transmissão e divulgação de fatos. A falta de veracidade de uma notícia além de ser capaz de gerar danos irreparáveis às pessoas com ela relacionadas, põe em xeque a credibilidade do profissional e do meio de comunicação que a divulgou, com possibilidade de responsabilidade civil e penal.

Entendendo a importância do tema para os dois sistemas, interligados neste trabalho por ser a liberdade de imprensa um direito de personalidade que, no caso concreto pode colidir com outro direito de mesma categoria, e a necessidade de tutelar de forma especial estes direitos – o que envolve o problema probatório e do ônus da prova –, ele será brevemente aqui analisado.

### 2.3.1 – VERDADE PROCESSUAL

Na seara processual, questão mais espinhosa do que definir o conceito de prova – abordada no item anterior –, é falar sobre sua função: se ela busca a verdade, se a verdade é possível de ser alcançada, e em caso afirmativo, que tipo de verdade poderia ser obtido através da prova judicial.

Os mais prestigiados estudiosos do processo civil já se debruçaram sobre o tema, cabendo aqui um humilde recorte das posições mais aceitas ou de maior destaque.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART apontam que, na filosofia moderna, o mito da busca da verdade, ou em suas palavras o *paradigma do objeto*<sup>147</sup> de Aristóteles já teria sido superado pela compreensão de que a verdade dita absoluta ou substancial é meramente utópica já que “seja no processo,

---

<sup>147</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento, ob cit, p. 253 e 261.

seja em outros campos científicos, jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde à verdade”<sup>148</sup>.

No mesmo sentido é o posicionamento de MICHELE TARUFFO para quem:

Na cultura atual se fala de verdades absolutas somente em algumas metafísicas e em algumas religiões integralistas. Nem a ciência, na verdade, fala mais de verdades absolutas, e na vida quotidiana apenas alguém irremediavelmente doente de presunção pode afirmar que as suas verdades são absolutas.<sup>149</sup>

Muitos processualistas<sup>150</sup> cientes da impossibilidade de que o processo abarque a verdade substancial – entendida como a verdade real dos fatos da maneira que eles realmente ocorreram –, afirmaram e ainda afirmam que a verdade obtida através do processo é somente a verdade formal ou relativa, distante da verdade substancial.

A verdade formal seria um aspecto diminuto da verdade dita absoluta que foi trazida ao processo, pois se sujeita as regras processuais que regem o tema da prova que consequentemente limitariam a busca pela verdade<sup>151</sup>, tais como a impossibilidade de utilização de provas ilícitas e da utilização de certos meios de provas para a comprovação de determinadas alegações, como, por exemplo, o artigo 401 do Código de Processo Civil.

Contudo a distinção entre as duas formas de verdade não mais tem espaço, a verdade pura é um conceito inalcançável. Toda forma de busca da verdade é elaborada necessariamente por um sujeito pesquisador imerso em convicções e

---

<sup>148</sup> *Idem, ibidem*, p. 255.

<sup>149</sup> Conforme versão original: “Nella cultura attuale si parla di verità assolute soltanto in qualche metafisica e in qualche religione integralista. Neppure la scienza, infatti, parla più di verità assolute, e nella vita quotidiana solo qualcuno irrimediabilmente ammalato di presunzione può affermare che le sue verità sono assolute.” TARUFFO, Michele. Verità e Probabilità Nella Prova dei Fatti. Revista de Processo. Ano 32 nº 154 dez 2007 p. 212.

<sup>150</sup> Tais como Cândido Dinamarco, Ada P. Grinover e Antônio Carlos Araujo Cintra na obra “Teoria Geral do Processo” – São Paulo: Malheiros, 1993, p. 61 citados por Sérgio Cruz Arenhart na nota de rodapé nº 14 em ARENHART. Sérgio Cruz. A Verdade Substancial. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba ano 1 nº 03, 1996, p. 692.

<sup>151</sup> Michele Taruffo afirma que haveria uma corrente que entende que as regras processuais relativas à prova fariam com que a verdade não pudesse ser alcançada através do processo, valendo assim a distinção entre verdade formal e verdade “verdadeira”. TARUFFO, Michele. Verità e Probabilità Nella Prova dei Fatti ob cit p. 209/210.

crenças próprias e não produz um conhecimento neutro. É o que aponta o historiador PETER BURKE:

Nossas mentes não refletem diretamente a realidade. Só percebemos o mundo através de uma estrutura de convenções, esquemas e estereótipos, um entrelaçamento que varia de uma cultura para outra<sup>152</sup>.

Não se pode ainda olvidar que a busca pela verdade se dá mediante o labor humano e que este é, portanto, sujeito a falhas e imprecisões.

A verdade é de uma forma ou de outra sempre relativa. Conforme MICHELE TARUFFO:

(...)qualquer verdade é relativa às informações sobre as quais se funda e aos metodos que se utilizam para aprova-la e isto vale do mesmo modo dentro do processo e fora do processo. Não existem, portanto “duas” verdades diversas, e muito menos existe uma verdade específica típica do processo e diferente da verdade extraprocessual. Em todos os casos, no processo como fora do processo, o problema da verdade é aquele da melhor aproximação possível à realidade histórica e empírica dos fatos que é preciso verificar.<sup>153</sup>

O autor em questão defende que mesmo que hoje se entenda que a verdade absoluta não pode ser alcançada por nenhum método de conhecimento, ela não poderia deixar de ser o objetivo do direito, pois seria um conceito que assumiria diversos valores como o moral, o político, o epistemológico e o jurídico e que estes seriam a base do sistema ético, do sistema democrático, da teoria do conhecimento e do sistema jurídico<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> BURKE, Peter. A Escrita da História – São Paulo, Unesp, 2001, p. 15.

<sup>153</sup> De acordo com original: “qualunque verità è relativa alle informazioni su cui si fonda e ai metodi che si impiegono per accettarla e ciò vale allo stesso modo all’interno del processo e fuori del processo. Non esistono, dunque “due” verità diverse, e tanto meno esiste una specifica verità típica del processo e diversa dalla verità extraprocessuale. In tutti i casi, nel processo come fuori del processo, Il problema della verità è quello della migliore approssimazione possibile alla realtà storica ed empírica dei fatti che bisogna accertare.” TARUFFO, Michele. Verità e Probabilità Nella Prova dei Fatti, ob cit p. 213. No mesmo sentido é o posicionamento de Eduardo Cambi. “a verdade processual e a verdade de fora do processo são sempre uma; o que difere são as técnicas e os métodos para o seu conhecimento, não podendo-se ignorar *a priori* que o mecanismo processual, mesmo que limitado contextualmente, possa vir a conhecer a realidade empírica dos fatos.” CAMBI, Eduardo. Direto Constitucional à Prova no Processo Civil, ob cit p. 72

<sup>154</sup>TARUFFO, Michele. Verità e Probabilità Nella Prova dei Fatti, ob cit p. 214/215.

Com isto se procura dizer que o processo não possuiria legitimidade caso não procurasse a verdade possível de ser encontrada, mas ao invés se contentasse com uma construção inverídica dos fatos alegados<sup>155</sup>.

Da mesma forma uma decisão para ser considerada justa deve, na medida do possível, em conformidade com todo o exposto, buscar a veracidade das afirmações trazidas em juízo. Não se pode considerar como justa uma decisão pronunciada em desconformidade com o empírico<sup>156</sup>.

### 2.3.2 - VERDADE JORNALÍSTICA

Não é somente o sistema jurídico que se preocupa com a temática da verdade, especificamente quando relacionada com um processo, seja ele civil ou penal.

O jornalismo igualmente se debruça sobre o tema, uma vez que é através da mídia que o homem moderno conhece os fatos ocorridos para além da sua realidade cotidiana, do que pode ser captado por ele próprio.

Mas não é só isso. Conforme exposto quando da abordagem da liberdade de imprensa a imprensa hoje cumpre diversos papéis que extrapolam a mera transmissão de informação e o entretenimento, passando a atuar como um fiscal da administração pública e da gestão dos recursos públicos.

Desta forma os métodos utilizados pelos jornalistas e por todos os envolvidos no processo de apreensão da realidade com a finalidade de transmissão de informação institucionalizada, são essenciais para a credibilidade da notícia.

Partindo da mesma premissa exposta quando do estudo da verdade processual, em que se admite que a verdade absoluta seja impossível de ser alcançada e que todo processo de apreensão da realidade é fruto do conhecimento humano, e, portanto suscetível de falhas, é que se passa à questão da verdade jornalística<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento ob cit p. 258/259

<sup>156</sup> TARUFFO, Michele, ob cit p. 216 e CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil, ob cit p. 70.

<sup>157</sup> No mesmo sentido é o posicionamento de um estudioso do jornalismo Ciro Marcondes Filho que afirma: "A possibilidade de possuir a verdade é falsa e tende ao discurso dogmático; a objetividade é impossível. Isso não significa que tudo seja igualmente subjetivo ou que todas as expressões



Primeiramente, tem-se a indagação: o que é notícia? Por mais diversos que sejam os posicionamentos adotados não se pode negar que a notícia divulgada pelos meios de comunicação hoje é, assim como todos os outros produtos oferecidos ao consumidor, uma mercadoria que visa alcançar um determinado público, em uma determinada faixa de renda ou de interesses.

É por este motivo que CIRO MARCONDES FILHO define notícia como:

a informação transformada em mercadoria com todos os seus apelos estéticos, emocionais e sensacionais; para isso a informação sobre um tratamento que a adapta às normas mercadológicas de generalização, padronização, simplificação e negação do subjetivismo.<sup>158</sup>

Para o mesmo autor o objeto com o que o jornalismo trabalha é a informação direta, rápida que se torna defasada e descartável em um átimo. Por isso a escolha feita pelo operador do jornalismo do que será notícia e do que não, seria realizada muito rapidamente.

A velocidade exigida para as escolhas do que é noticiável ou não, aliada à lógica capitalista do lucro e da sobrevivência da empresa jornalística, fariam com que a notícia cada vez mais se dissociasse de seu caráter político de expressão de valores e opiniões, característica marcante quando do surgimento da imprensa e dos veículos de comunicação.

Muitas são as teorias<sup>159</sup> que tentam desvendar o que é notícia o seu processo de produção e os fatores que o influenciam.

A primeira delas surgiu quando a expansão e estruturação dos meios de comunicação estavam consolidadas, ou seja, no século XIX.

Altamente influenciada pelo cientificismo e pelo positivismo, tão característicos deste mesmo século, a Teoria do Espelho afirma que as notícias são reproduções fiéis da realidade, sendo o jornalista um comunicador desinteressado que apenas transmite os fatos como eles realmente ocorreram.

---

jornalísticas da realidade mantenham a mesma distância do real: há apropriações mais ou menos próximas da “verdade dos fatos”. MARCONDES, Ciro Filho. *O Capital da Notícia*. – São Paulo, Ática, 1989, p. 14.

<sup>158</sup> *Idem, ibidem*, p. 13.

<sup>159</sup> O estudo das teorias jornalísticas se baseou exclusivamente na obra de Nelson Traquina “Teorias do Jornalismo, porque as notícias são como são, v. 1” – Florianópolis, Insular 2ªed, 2005.

Reafirmando este posicionamento, nas primeiras décadas do século XX surgiu nos Estados Unidos o conceito de objetividade, entendido como método capaz de fornecer elementos para que o jornalista pudesse saber analisar a veracidade dos fatos, uma vez que no contexto da época, pela propaganda de guerra, até mesmo os fatos poderiam ser alterados.

Esta noção do noticiar como representação fidedigna do real ainda é o marco teórico ideal do jornalismo.

Nos anos 50 o termo *gatekeeper* da psicologia social foi adaptado para o jornalismo surgindo a Teoria da Ação Social ou Teoria do Gatekeeper. *Gatekeeper* se refere a uma “pessoa que toma uma decisão numa seqüência de decisões<sup>160</sup>” e se relaciona com a idéia de que para um fato se tornar notícia ele precisa passar por vários agentes – gatekeepers – que decidem se ele é capaz de se tornar notícia ou não, se este fato passa ou não pelo portão da seletividade – gates. Nesta teorização as notícias são produto das pessoas e das suas intenções.

Durante a metade da mesma década nova corrente surgiu, na tentativa de explicar o processo de produção das notícias, a Teoria Organizacional.

Para esta visão o elemento que teria maior poder de influenciar o que seria notícia não seria o jornalista e sua visão de mundo, mas sim as normas da própria instituição em que trabalha, ou seja, a cultura da organização. Seriam diversos os fatores organizacionais capazes de influir no processo de apreensão da realidade tais como: as sanções internas; estima e obrigação com os superiores (nem sempre presente); promoções; ausência de grupos de lealdade em conflito (sindicatos pouco estruturados); prazer na atividade realizada e notícias como valor (chefes e subordinados se uniriam no objetivo de obter notícias).

Além destes, esta teoria admite que o jornalismo no capitalismo é negócio e que desta forma fatores econômicos igualmente influenciam na escolha das notícias, no sentido de que empresas de pequeno porte não possuem recursos para cobrir todos os acontecimentos.

A década de 60 viu surgir mais uma teoria, a da Ação Política, segundo a qual a imprensa serviria como instrumento para os interesses políticos. Para a direita, os membros da imprensa agiriam para ampliar o controle do Estado sobre as empresas privadas, sendo, portanto, anticapitalistas. Já para a esquerda a mídia

---

<sup>160</sup> TRAQUINA, Nelson. Teorias do Jornalismo, porque as notícias são como são, v. 1 – Florianópolis, Insular 2ªed, 2005 p. 150.

contribuiria para a manutenção do capitalismo. Alguns dos expoentes da esquerda Herman e Chomsky afirmam que:

O conteúdo das notícias não é determinado ao nível interior (isto é, ao nível dos valores e preconceitos dos jornalistas), nem ao nível interno (isto é, ao nível da organização jornalística), mas ao nível externo, ao nível macroeconômico. (...) Assim, segundo esta versão da teoria, existe um diretório dirigente da classe capitalista que dita aos diretores e jornalistas o que sai nos jornais.<sup>161</sup>

TRAQUINA critica este posicionamento por entendê-lo determinista, pois coloca os jornalistas ora em uma posição de conluio com os interesses do capital, ora em submissão a estes mesmos interesses, sem atentar para o fato de que os jornalistas raramente têm contato direto com os proprietários das empresas jornalísticas e que possuiriam certo grau de autonomia<sup>162</sup>.

Condensando vários dos posicionamentos expostos acima, as Teorias Construcionistas dos anos 70 entendem a notícia como uma construção cultural, uma “estória”, fruto da interação entre o jornalista, sua fonte, a sociedade, a empresa jornalística e também entre os próprios membros da comunidade profissional. Desta forma a notícia refletiria a cultura da sociedade na qual o jornalista está inserido e para a qual escreve.

Ainda nos anos 70 a Teoria Estruturalista, muito próxima da Teoria da Ação Política em seu viés de esquerda, entende que o jornalista age para reproduzir a estrutura dominante, mas que teria alguma autonomia no seu agir.

Por fim, a Teoria Interacionista elaborada entre a metade da década de 70 e da década de 80 compreende a notícia como um fato complexo que envolve o jornalista, a sociedade, a empresa para a qual ele trabalha, o relacionamento deste com seus colegas e a rotina de trabalho, em que o fator tempo, pelo dinamismo da sociedade atual, seria elemento central. Conforme NELSON TRAQUINA esta teoria, a qual se filiaria:

(...) defende que os jornalistas não são simples observadores passivos mas participantes ativos na construção da realidade. As notícias devem ser encaradas como o resultado de um processo de interação social. As notícias são um a construção social onde a natureza da realidade é uma

---

<sup>161</sup> *Idem, ibidem*, p. 164.

<sup>162</sup> *Idem, ibidem*, p. 167/168.

das condições, mas só uma que ajuda a moldar as notícias. As notícias também refletem 1) a “realidade”, os aspectos manifestos do acontecimento; 2) os constrangimentos organizacionais, que poderão incluir a intervenção direta do(s) proprietários(s), e os imperativos econômicos; 3) as narrativas que governam o que os jornais escrevem; 4) as rotinas que orientam o trabalho e que condicionam toda a atividade jornalística; 5) os valores-notícias dos jornalistas; e 6) as identidades das fontes de informação com quem falam<sup>163</sup>.

Assim, como os acontecimentos podem surgir em qualquer lugar e a qualquer tempo, as empresas jornalísticas buscariam “ordem no espaço” e “ordem no tempo” a fim de acompanharem os acontecimentos.

A estrutura jornalística, chamada de rede noticiosa, estaria montada em alguns lugares centrais que, conseqüentemente seriam mais noticiados.

As fontes que abastecem a rede noticiosa seriam levadas muito a sério, existindo diversos critérios para que uma fonte pudesse ser considerada confiável tais como a autoridade, a produtividade e a credibilidade.

As fontes oficiais dominariam sobre as outras para essa teoria, porque se organizam para isso. Nas palavras de NELSON TRAQUINA:

(...) a teoria interacionista defende que o papel dominante das fontes oficiais não é automático. Pelo contrário, é o resultado de uma busca ativa duma vantagem, ou seja, é o resultado de uma ação estratégica. Assim, para a teoria interacionista, a posição dominante das fontes oficiais é uma conquista (Schlesinger, 1990). Segundo a lógica da teoria interacionista, seria então importante identificar quais são os recursos determinantes que os “promotores” (as fontes) devem possuir para impor os seus acontecimentos e problemáticas na agenda dos jornalistas e fazer passar os seus enquadramentos na luta simbólica em torno do processo de significação.<sup>164</sup>

A “ordem no tempo” seria possível pela organização de uma lista de acontecimentos já previstos.

Tem-se que, com exceção da teoria surgida no século XIX, o jornalismo compartilha com as mais modernas teorias filosóficas e processuais o posicionamento de que a verdade não pode ser encontrada. Primeiramente por compreender que não existe uma verdade pura e imaculada que não sofra influências a começar pelo agente que procura produzi-la, passando, no caso do jornalismo, por fatores como a ideologia do meio de comunicação, os valores sociais em voga no momento e daí por diante. Em um segundo momento, por entender ser

---

<sup>163</sup> *Idem, ibidem*, p. 204.

<sup>164</sup> *Idem, ibidem*, p. 200.

impossível posteriormente pretender conhecer dos fatos exatamente como eles ocorreram, posto que a atividade cognoscitiva humana por mais que tenda à perfeição, é falha.

### 2.3.3 – INTERCONEXÃO DE VERDADES

Conforme restou observado, a problemática da verdade é inerente tanto ao sistema jurídico quanto ao jornalístico.

Partindo-se da premissa presente na maioria das teses acerca da atividade jornalística de que o profissional do jornalismo não é um mero transmissor desinteressado dos fatos, mas sim um agente que influencia no resultado final do seu trabalho – a notícia –, se pode considerar que este faz um juízo do que deve ser noticiado e como.

As fontes de um jornalista e a credibilidade que estas possuem são determinantes para esta escolha.

Contudo a capacidade que esta fonte tem de comprovar as suas alegações é igualmente importante para a sua credibilidade.

Neste ponto, em que o jornalista tem que analisar a qualidade de sua fonte e a veracidade das provas por ela apresentadas, a sua tarefa em muito se aproxima a do julgador que tem julgar com base nas máximas de experiência e no senso comum ou na verossimilhança.

Isto porque a velocidade com a qual a informação necessita ser transmitida no mundo tecnológico, antes que se torne descartável ou obsoleta diante da enorme profusão das empresas jornalísticas e meios de comunicação, usualmente não é compatível com um processo de pesquisa e de aprofundamento extensos.

Desta forma a atividade do jornalista se aproxima a do julgador que diante da urgência de tutelar um direito tão especial quanto os direitos de personalidade, necessita se basear no senso comum e nas máximas de experiência ou na verossimilhança de que as alegações de fato trazidas em juízo podem ocasionar as lesões narradas, tanto para os casos envolvendo cognição exauriente, quanto nas hipóteses de tutela de urgência, como a concessão de medida liminar em ação inibitória.

Pode-se assim dizer que deveria ser uma faculdade do bom profissional do jornalismo manter um banco de informações simples com todos os dados, documentos, pessoas e indícios que foram utilizados como fonte para a elaboração da matéria jornalística, especialmente em casos envolvendo direitos de personalidade.

Essa atitude singela propiciaria que todo percurso por ele percorrido para a produção da reportagem fosse conhecido e pudesse ser contraditado, tanto extrajudicialmente quanto em juízo, por aquele que se julgue lesado em seu direito personalíssimo e também para a plena convicção judicial, além de por certo facilitar a sua própria defesa.

A falta deste banco de informações quando a questão é trazida para o âmbito judicial, transformaria a faculdade em um ônus processual para o jornalista, entendido o ônus aqui como um poder, conforme explicitado quando da abordagem do tema no capítulo 2.1.

Este é o sentido de alguns julgados que entendem que a empresa jornalística, quando em litígio, deve trazer os elementos nos quais se baseou para a divulgação da informação ofensiva, sob pena de ser condenada a ressarcir monetariamente os danos por ela causados. A título de exemplo:

**Indenização por danos materiais e morais. Matéria divulgada por rede de televisão. O autor foi taxado de estuprador. Ausência de prova sobre o procedimento irregular do apelante. Emissora responsável pelo ocorrido.** Notícia afrontou a dignidade da pessoa humana do polo ativo, além de colocá-lo em situação vexatória. Dano moral configurado. Verba reparatória compatível com as peculiaridades da demanda. Danos materiais não demonstrados. Resposta pleiteada pelo autor não tem consistência. Apelo provido em parte. (TJSP Apelação Cível n.º 456.131.4/3-00 Rel. Natan Zelinski de Arruda 4ª Câmara Direito Privado DJU 26/08/2009) (grifos nossos)<sup>165</sup>

<sup>165</sup>No corpo deste acórdão verifica-se que efetivamente a rede de televisão não possuía prova dos fatos imputados ao autor: "A apresentadora do programa transmitido pela ré faz referência sobre inquérito policial e laudo do IML, no entanto, nada há nos autos que ao menos configurasse indícios de prova de que o apelante teria procedido de modo a afrontar a menina entrevistada juntamente com a mãe e, posteriormente, com o pai, portanto, o que efetivamente ocorreu foi a manifestação de três pessoas, contudo, nada de efetivo se faz presente.

Desta forma, o polo passivo assumiu o risco na divulgação da entrevista, mesmo porque, o direito de informação deve ser condizente com a realidade fática, o que não está caracterizado no caso em exame, entretanto, deu ênfase de que o autor deveria ser preso, de acordo com o conteúdo de fls. 182, "...cadeia já pro senhor!...", fora o que dissera a apresentadora na ocasião.

A imputação de estupro a uma adolescente afronta a dignidade da pessoa humana e causa enorme angústia e profundo desgosto, porém, a emissora apelada se limitou a apresentar o que fora exposto pela menina e pelos pais, não se preocupando com a repercussão em relação à honra do polo ativo, até porque, se tratava de assunto delicadíssimo, e que exigia cautela, no entanto, a rede de televisão optou pelo "*sensacionalismo barato*", impingindo ao apelante a condição de estuprador.

Ante essa problemática envolvendo os direitos de personalidade e a imprensa, inerente aos regimes democráticos onde há pelo menos algum grau de liberdade de atuação dos meios de comunicação, o direito italiano viu surgir, a partir da década de 60, criação jurisprudencial e doutrinária acerca de alguns critérios aptos a auxiliar o Magistrado nas demandas envolvendo alegações de abuso por parte da imprensa na divulgação dos fatos.

Para que a responsabilidade das empresas jornalísticas fosse afastada, considerando-se legítimo o exercício do direito de crônica, que nada mais é do que o direito de narração dos fatos<sup>166</sup>, deveriam estar presentes três elementos: a veracidade, o interesse público na divulgação dos fatos e a objetividade ou correção do meio empregado.

A verdade nessa construção é entendida em sentido diverso ao do pensamento filosófico mais moderno – que se posiciona pela impossibilidade de sua apreensão em sua vertente absoluta –, sendo compreendida aqui como sendo dever do jornalista e das agências de comunicação a busca por narrar os fatos como eles realmente teriam acontecido ou se passado, não se contentando com a verossimilhança.

---

A prova oral, fls. 220/225, demonstrou que o autor sofrerá de forma demasiada com o episódio, enquanto que a ré nada ofereceu que pudesse contrapor o que constara dos depoimentos testemunhais. (...)

O direito de informação está anexado à responsabilidade, não podendo, assim, sobressair divulgação aleatória, consequentemente, o jornalismo responsável exige o número do inquérito ou processo-crime, bem como o laudo pericial proveniente do IML, e outros itens correlates, inclusive, a oitiva do suposto estuprador, a fim de que tenha pleno conhecimento antecipado sobre a matéria, para aí sim, estar em condições de responder, no entanto, isso não aconteceu, pois o repórter e o câmara da emissora apelada foram ao comércio do autor e repentinamente procuraram entrevistá-lo, o que configura abusividade notória do órgão de comunicação.

O caso ocorreu em setembro de 2002, logo, há sete anos, e nada há nos autos de que o apelante ao menos tivesse sido denunciado criminalmente, o que dá ênfase da leviandade exposta, haja vista que o aspecto ideológico do polo passivo é ir em busca de audiência, não se importando com a honra alheia.

Ademais, cumpre ressaltar que esse é o escopo do programa ao entrevistar pessoas com pouca instrução e, na maioria das vezes, com baixa renda, sobrevivendo em situação adversa, sendo exploradas por profissionais da comunicação que de modo hábil conseguem *retirar* depoimentos dos entrevistados, que se apresentam até receosos, uma vez que sequer tinham comparecido antes a uma emissora de televisão, por conseguinte, se aproveitam do momento desfavorável de quem vive angustiado e desesperançoso para extravasar as agruras sentidas.”

<sup>166</sup> Definido por Francesco Tirelli como: a “faculdade de narrar e valorar os fatos ocorridos”. No original: “facoltà di narrare e valutare i fatti accaduti”. TIRELLI, Francesco. *Informazione e Responsabilità Civile* – Milano, Giuffrè Editore, 1996, p. 23.

A exceção dar-se-ia com relação às fontes oficiais e às agências de notícias, já que é na Itália que se desenvolve a tese das fontes confiáveis, segundo a qual algumas fontes, seriam confiáveis *a priori* dispensando qualquer diligência na verificação das informações por elas divulgadas<sup>167</sup>.

Neste entendimento seriam de interesse público os fatos que interessam à sociedade como um todo, como por exemplo, os relativos aos agentes públicos quando no exercício de atividades públicas, ou a ela conexas.

Coadunando com este posicionamento GUILHERME DÖRING CUNHA PEREIRA afirma que todos têm direito de manter em sigilo “os comportamentos menos honrados que tenha tido<sup>168</sup>”, chamado de “segredo da desonra”, com a ressalva da exceção da verdade prevista no parágrafo único do artigo 139 do Código Penal, possível apenas para o imputado de difamação se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Para FRANCESCO TIRELLI também seriam de interesse público os fatos privados, quando pelas suas circunstâncias, determinações ou os fins que os inspiram, poderiam criar ou complementar outras informações a fim de orientar a opinião pública<sup>169</sup>.

Por fim, a correção do meio se relaciona com o dever do jornalista de narrar os fatos com objetividade, imparcialidade, sem a utilização de termos injuriantes ou exageros.

O Magistrado não pode ficar preso à fantasia da busca da verdade substancial para formar a sua convicção, pois nas palavras de SÉRGIO CRUZ ARENHART: “A verdade substancial é um mito que já deveria, há muito, ter sido extirpado da teoria jurídica. Todas as demais ciências já se aperceberam de que não há verdade inerente a um fato”<sup>170</sup>, sendo o desafio do jornalista o de, dentre os meios disponíveis, encontrar o grau de veracidade necessário a fim de formar o seu grau de convencimento para a divulgação da notícia.

---

<sup>167</sup> Conforme Guilherme Döring Cunha Pereira essa orientação vêm perdendo força nas últimas décadas na Itália, de acordo com os julgados mais recentes. PEREIRA, Guilherme Döring Cunha, ob cit p. 186. Para Francesco Tirelli as fontes oficiais teriam a sua presunção de verdade ampliada no que diz respeito aos pequenos jornais, que não teriam tempo ou maneiras de controlar a verdade das informações por elas prestadas. TIRELLI, Francesco, ob cit p, 29.

<sup>168</sup> PEREIRA, Guilherme Döring Cunha, ob cit p. 122.

<sup>169</sup> TIRELLI, Francesco, ob cit p, 35.

<sup>170</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A Verdade Substancial, ob cit. p. 690.



À exceção da questão relativa à qual verdade deve ser procurada pelo jornalista, parece que estes parâmetros da teoria italiana podem ter aplicação prática, pois são critérios válidos para se verificar se havia real interesse na divulgação dos fatos e se foram tomadas as providências necessárias para a sua verificação.

Diversos são os julgados pátrios que se utilizam de um, de alguns ou de todos os critérios desta teoria italiana para verificar, nos casos concretos, a existência de danos aos noticiados o que demonstra que por aqui a teoria teve aceitação. Veja-se:

Direito civil. Imprensa televisiva. Responsabilidade civil.

**Necessidade de demonstrar a falsidade da notícia ou inexistência de interesse público.** Ausência de culpa. Liberdade de imprensa exercida de modo regular, sem abusos ou excessos.

- A lide deve ser analisada, tão-somente, à luz da legislação civil e constitucional pertinente, tornando-se irrelevantes as citações aos arts. 29, 32, § 1º, 51 e 52 da Lei 5.250/67, pois o Pleno do STF declarou, no julgamento da ADPF nº 130/DF, a não recepção da Lei de Imprensa pela CF/88.

- A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.

- A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público.

- **O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.**

- **O jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo.** A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição.

Ademais, **impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.**

- A reportagem da recorrente indicou o recorrido como suspeito de integrar organização criminosa. Para sustentar tal afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: (i) a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia crime; (ii) a opinião de um Procurador da República. O repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatório. Houve busca e apreensão em empresa do recorrido e daí infere-se que, aos olhos da autoridade judicial que determinou tal medida, havia fumaça do

bom direito a justificá-la. Ademais, a reportagem procurou ouvir o recorrido, levando ao ar a palavra de seu advogado. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, se divulgava em cadeia nacional.

- A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente.

Recurso especial provido.

(REsp 984.803/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 19/08/2009) (grifos nossos)

A questão de como cada um dos ramos, o direito e o jornalismo, lidam com a problemática da verdade e os critérios adotados por cada um deles para que entendam demonstrada a “verdade dos fatos”, é de suma importância para as situações envolvendo a liberdade de expressão e direitos de personalidade.

No âmbito extrajudicial essa análise é feita pelos profissionais do jornalismo que em conformidade com as provas documentais, com confiabilidade das fontes noticiosas ou até mesmo com os indícios de prova encontrados, decidem se a matéria está apta a ser divulgada ou não.

Judicialmente essa análise cabe ao Magistrado que necessita verificar se no caso concreto no qual há conflito entre estes dois direitos de personalidade, estavam presentes de maneira concomitante a veracidade dos fatos, o interesse público e a correção do meio adotado para a publicação da matéria jornalística.

Essa verificação se torna especialmente difícil quando a parte autora pretende antecipação de tutela em demanda inibitória, e ainda mais complicada quando se trata de inibitória pura, pois o Magistrado muitas vezes não possui elementos probatórios substanciais para formar a sua convicção.

Neste caso em virtude da natureza personalíssima do direito que necessita de tutela, deve o Magistrado, se necessário, decidir com base em provas indiciárias ou se utilizar de outra forma de alteração do ônus probatório, sob pena de não prestar a tutela jurisdicional necessária à salvaguarda de um direito tão ligado aos aspectos mais essenciais da pessoa humana e, com isso, agir em desacordo com o texto constitucional.

### CAPÍTULO 3 – EMBATE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em uma construção ideal as normas pertencentes ao mesmo ordenamento – entendidas aqui como abrangendo as regras e os princípios – convivem em harmonia dentro do sistema jurídico. Contudo não são raras as situações de conflito entre elas.

#### 3.1 – CONFLITO ENTRE REGRAS

Os casos de conflito entre regras são chamados de antinomias, definidas por NORBERTO BOBBIO “como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento<sup>171</sup>”.

Para o mesmo autor existiriam duas condições para a ocorrência de antinomia: ambas as normas<sup>172</sup> deveriam pertencer ao mesmo ordenamento jurídico, e terem o mesmo âmbito de validade, ou seja, devem ser temporal, espacial, pessoal e materialmente equivalentes<sup>173</sup>.

Existem três critérios de resolução de antinomias, o cronológico – *lex posterior derogat priori*<sup>174</sup> –, o hierárquico – *lex superior derogat inferiori* –, e o da especialidade – *lex specialis derogat generali*.

Para a situação de conflito entre princípios ou entre direitos fundamentais se faz uso de outra técnica, a da proporcionalidade. A diferença da resolução de conflito entre regras e de conflito entre princípios é a de que, resolvida a antinomia e verificada qual regra permanecerá no sistema jurídico, a outra é automaticamente dele excluída, o que não ocorre no embate entre princípios ou direitos fundamentais

---

<sup>171</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico – São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p 86.

<sup>172</sup> O autor utiliza a expressão *norma*, no entanto aqui se entende que melhor se adequaria a expressão *regra*, pois tanto as regras quanto os princípios são espécies do gênero norma sendo que no caso de conflitos de princípios se utiliza técnica diversa, a da proporcionalidade. Sobre o caráter normativo dos princípios GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Aplicação/ Interpretação do Direito: São Paulo: Malheiros, 4ªed, p. 49.

<sup>173</sup> BOBBIO, Norberto, ob cit p. 87.

<sup>174</sup> O critério cronológico está presente na Lei de Introdução do Código Civil no § 1º do artigo 2º.

em que ambos continuam no ordenamento jurídico e plenamente válidos e eficazes, sendo que somente no caso concreto em questão, um é mitigado em favor do outro.

EROS ROBERTO GRAU traz o entendimento de ALEXY sobre a questão:

Logo, os *princípios são mandamentos de otimização*, cuja principal característica está no fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e de a medida devida ao seu cumprimento não depender exclusivamente das possibilidades materiais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras em oposição.

As regras, ao contrário, são normas que somente podem ser cumpridas ou não - cumpridas. Se uma regra é válida, então se há de fazer exatamente o que ela exige: nem mais, nem menos. Logo, as regras são determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau, e que toda norma é uma regra ou um princípio.

Além disso, ao anotar a circunstância de os conflitos entre regras ocorrerem na dimensão da validade, ao passo que os conflitos entre princípios se verificam – visto que apenas princípios válidos podem colidir entre si – dentro da dimensão do peso.<sup>175</sup>

Por ser o conflito entre direitos fundamentais o objeto deste estudo, a resolução de conflitos entre regras será colocada em segundo plano, cabendo, portanto, apenas a análise da técnica da proporcionalidade.

### 3.1.2 – A TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE

Antes de aprofundar o estudo da proporcionalidade como meio de resolução de embates entre princípios e também entre direitos fundamentais cabe trazer o posicionamento de HUMBERTO ÁVILA que, a contrário senso, entende a proporcionalidade como um postulado e não como um princípio. Em suas palavras:

Sempre há uma outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo, é oportuno tratá-las como metanormas. E, como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomenclatura. Daí, a utilização do termo “postulado”, a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras.

Os postulados diferenciam-se das normas cuja aplicação estruturam em várias perspectivas: quanto ao nível (os postulados situam-se no metanível ou no segundo nível, e as normas objeto de aplicação situam-se no nível objeto ou no primeiro nível), quanto ao objeto (os postulados indicam a estrutura de aplicação de outras normas, e as normas descrevem comportamentos, se forem regras ou instituem a promoção de fins, se forem

---

<sup>175</sup> GRAU, Eros Roberto, ob cit p. 182.

princípios) e quanto ao destinatário (os postulados dirigem-se aos aplicadores, e as normas a quem deve obedecer a elas)<sup>176</sup>.

O método da proporcionalidade para resolução de conflitos entre princípios ou direitos foi desenvolvido pela doutrina alemã e pela jurisprudência do Tribunal Constitucional deste país a partir da metade do século passado, sendo paulatinamente introduzida e aplicada pelo Judiciário brasileiro, não obstante a noção de razoabilidade e de limitação de excessos serem derivados do Estado de Direito – mais especificamente do Direito Administrativo prussiano do século XIX<sup>177</sup>.

Apesar de utilizada pelo Judiciário nacional, com diversos julgados do Supremo Tribunal Federal<sup>178</sup>, a Constituição Federal brasileira não prevê de forma explícita a proporcionalidade como método de resolução de conflitos entre princípios ou direitos fundamentais. No entanto a ausência de previsão expressa não obsta a

<sup>176</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos – São Paulo: Malheiros, 8ªed, p. 176. No mesmo sentido é o entendimento de Eros Roberto Grau. GRAU, Eros Roberto, ob cit p. 188/189.

<sup>177</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 p. 145. Na linha de pensamento de Humberto Ávila a proporcionalidade não seria sinônimo da técnica de ponderação de bens, mesmo que ambos sejam considerados postulados. Assim: “o postulado da proporcionalidade não se identifica com o da ponderação de bens: esse último exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação.” ÁVILA, Humberto, ob cit p. 165. Wilson Antônio Steinmetz igualmente aponta divergência doutrinária sobre o tema. STEINMETZ, Wilson Antônio, ob cit p. 143/145.

<sup>178</sup> Por exemplo: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. (...)ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. **A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.(RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)**

sua utilização, existindo diversas teorias que sustentam a sua aplicação, cada qual com uma base constitucional.

Em diversos países se discute a origem da proporcionalidade, sendo que para alguns ela derivaria do Estado de Direito, e para outros do núcleo duro dos direitos fundamentais, havendo ainda quem defenda que tenha origem no princípio da dignidade da pessoa humana, no Due Process of Law ou dos princípios em geral (fundamentação jusfundamental de ALEXY) <sup>179</sup>.

Especificamente na doutrina brasileira, se pode citar como exemplo de divergência de entendimentos sobre o tema, o posicionamento de PAULO BONAVIDES que deriva a proporcionalidade do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal e de GILMAR FERREIRA MENDES e SUZANA DE TOLEDO BARROS que justificam a proporcionalidade no devido processo legal<sup>180</sup>.

Seja qual for a fundamentação para a técnica da proporcionalidade o mais importante é o fato de não haver notícia de atual posicionamento que defenda a não aplicabilidade da proporcionalidade ou a sua incompatibilidade com o nosso ordenamento jurídico.

Deve se deixar claro que a técnica da proporcionalidade é utilizada nos casos de conflito concreto entre princípios ou direitos fundamentais e não para colisões abstratas ou teóricas<sup>181</sup>.

Os pressupostos para aplicação do método da proporcionalidade são: a existência de colisão entre princípios ou direitos fundamentais constitucionalmente expressos ou derivados em que a realização de um deles implique em restrição ou não realização do outro, e a ausência de hierarquia definida *a priori* entre eles<sup>182</sup>.

A proporcionalidade se divide em: adequação – *Geegnetheit* –, necessidade – *Erforderlichkeit* – e proporcionalidade em sentido estrito – *Verhältnismässigkeit im*

<sup>179</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio, ob cit p. 159/171.

<sup>180</sup> BUECHELE. Paulo Arminio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição – Rio de Janeiro: Renovar, 1999 p 145/147.

<sup>181</sup> Em outras palavras, mas no mesmo sentido: “Permanece, porém, útil, ainda que seja assim, a distinção entre o momento da produção da norma jurídica – insisto em que a interpretação/ aplicação do direito não é simples exercício de subsunção – e o momento da norma de decisão. Nossa doutrina – porque insiste em apartar *interpretação e aplicação* – tropeça no equívoco de situar o recurso à *proporcionalidade e à razoabilidade* no primeiro deles, quando é certo que uma e outra atuam no segundo.” GRAU, Eros Roberto, ob cit, p. 194.

<sup>182</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio, ob cit p. 144.

*engeren Sinne*. Um princípio ou direito fundamental somente pode ser aplicado ou efetivado em detrimento de outro se preenchidos todos os aspectos exigidos pela proporcionalidade.

Para que seja possível aplicar o postulado da proporcionalidade deve haver necessariamente uma relação entre meio e fim. Deve-se observar qual o meio necessário para a finalidade que se busca, se ele é capaz de atingir esta finalidade, se ele é o menos restritivo para o alcance do fim e, ainda, se o bem que se pretende concretizar justifica a restrição<sup>183</sup>.

A adequação é a medida através da qual se verifica se determinado meio é apropriado para atingir o fim perseguido. Mais detidamente HUMBERTO ÁVILA investiga a resposta a três perguntas, as quais, no seu entendimento, seriam capazes de explicitar o que seria a adequação<sup>184</sup>. A primeira delas seria “o que significa um meio ser adequado à realização de um fim?”<sup>185</sup>. Para o autor, um meio pode ser classificado quantitativamente – promove mais ou menos o fim –, qualitativamente – efetiva melhor ou pior o fim do que outro meio – ou provavelmente – promove com maior ou menor certeza o fim buscado.

Ou seja, quando se comparam mais de um meio e, caso cada um deles possui características preponderantes de categorias diferentes – como, por exemplo, um é mais quantitativamente adequado enquanto o outro é mais provavelmente –, a decisão somente poderá vir da análise do caso concreto.

A segunda pergunta seria “como deve ser analisada a relação de adequação?”<sup>186</sup>, sendo a resposta a de que ela pode ser analisada na dimensão da abstração/concretude; da generalidade/particularidade ou ainda da antecedência/posterioridade.

Sem adentrar na teoria de ÁVILA, sinteticamente se pode dizer que uma medida pode ser definida como abstratamente ou concretamente capaz de atingir o fim ou ainda capaz de fazê-lo para uma generalidade de situações ou somente para algumas e, por fim, ser adequada para o momento em que foi escolhida ou não.

---

<sup>183</sup> ÁVILA, Humberto, ob cit p. 162/163.

<sup>184</sup> Apesar de o autor focar a sua perspectiva sobre as funções legislativa e executiva nada impede que suas considerações possam ser utilizadas para aplicação do método da proporcionalidade pelo Judiciário.

<sup>185</sup> *Idem, ibidem*, p. 165.

<sup>186</sup> *Idem, ibidem*, p. 167.

A terceira e última pergunta seria “qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração?”<sup>187</sup>, e diria respeito à possibilidade de controle judicial das decisões de caráter administrativo do Estado, e não é relevante para a abordagem adotada neste trabalho.

Através do critério da necessidade, o aplicador deve avaliar se para o alcance do fim pretendido existe somente uma medida ou mais de uma. Em caso de pluralidade de meios deve ser escolhido aquele que ao mesmo tempo atinja o fim e lesione em menor grau o outro direito fundamental, que nessa situação será mitigado<sup>188</sup>.

Conforme anota WILSON ANTÔNIO STEINMETZ duas são as possibilidades de resolução para os casos em que uma medida é menos gravosa e menos eficaz enquanto outra é mais gravosa e eficaz. O autor relata que, para a doutrina e a jurisprudência alemã, a eficácia do meio menos gravoso deveria ser pelo menos igual a do mais gravoso. Caso não o seja, permanece o meio mais eficaz e mais prejudicial. Outra solução é a de que a substituição da medida mais gravosa pela menos gravosa deveria se pautar no fato daquela ser suficientemente apta para o alcance do fim desejado<sup>189</sup>.

A última subdivisão da técnica da proporcionalidade é a da proporcionalidade em sentido estrito.

Após verificar se a medida empregada é capaz de alcançar o fim pretendido e de se analisar se o meio escolhido traz a menor restrição possível a outro bem igualmente importante, e ainda assim é capaz de promover o fim, se utiliza a proporcionalidade em sentido estrito a fim de comparar a importância do fim almejado – concretização de princípio ou direitos fundamental – e o grau de restrição imposto a outro princípio ou direito fundamental e, por fim, verificar se vale a pena tal operação.

---

<sup>187</sup> *Idem, ibidem*, p. 169.

<sup>188</sup> Segundo HUMBERTO ÁVILA o problema reside no *exame de adequação dos meios*, pois uma medida pode ser quantitativamente mais eficaz no alcance do fim enquanto outra pode ser qualitativamente e a outra provavelmente. Como o autor trabalha o postulado da proporcionalidade pelo viés do Legislativo e do Executivo sua solução para a questão está no Judiciário “respeitar a escolha da autoridade competente, afastando-se o meio se ele for manifestamente menos adequado que outro. Os princípios da legalidade e da separação dos Poderes o exigem.” *Idem, ibidem*, p. 171.

<sup>189</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio, ob cit p. 151.



A proporcionalidade em sentido estrito pode ser sintetizada na seguinte expressão de ALEXY, em tradução livre: “quanto maior é o grau da não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”<sup>190</sup>.

### 3.1.3 – CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com os capítulos anteriores, tanto os direitos ao nome, à imagem, à honra, à vida e o direito de comunicação – quando subjetivamente considerado –, são direitos de personalidade previstos na Constituição Federal e no Código Civil de 2002.

Conforme já demonstrado, muitas vezes, na realidade prática, o exercício de um direito de personalidade pode fazer com este se choque com outro de mesma categoria, impedindo a sua concretização ou ainda diminuindo-o.

As situações de embate entre dois direitos fundamentais são solucionadas através do método da proporcionalidade, caso a caso, verificando-se na situação concreta qual direito nesta específica ocasião será mitigado em favor do outro.

O método da proporcionalidade tem ampla aceitação em diversos Estados de *Civil Law* por ser uma técnica que não faz uma ponderação descuidada ou baseada em critérios vagos e imprecisos. Pelo contrário o método da proporcionalidade busca ser uma forma técnica e racional apta a resolver o embate entre princípios ou entre direitos fundamentais, grandezas que, sem o uso da técnica, são de difícil comparação ou mensuração.

O Magistrado faz uso da técnica da proporcionalidade no momento de concessão de medidas urgentes e também no julgamento de mérito quando, em conformidade com as provas trazidas ou produzidas na instrução probatória, verifica qual direito deverá ceder frente ao outro.

---

<sup>190</sup> *Idem, ibidem*, na versão original: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o e afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro” p. 153.

## CAPÍTULO 3.2 – CONFLITO ENTRE DIREITOS DE PERSONALIDADE E A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO: O CASO ESCOLA DE BASE

Conforme já visto, os direitos de personalidade e a liberdade de manifestação nem sempre convivem de forma harmoniosa, não sendo raras as vezes em que o exercício da liberdade comunicativa acaba agredindo um direito personalíssimo de outrem.

As ofensas aos direitos de personalidade possuem gradações das mais diversas, gerando desde um mero aborrecimento ou constrangimento leve, até uma grave ofensa à dignidade da pessoa humana, ao seu nome, à sua imagem, à sua honra, que ressarcimento material algum poderá reparar plenamente.

O grau de lesividade está ligado com o contexto no qual a violação ocorreu, o que engloba o meio de comunicação utilizado, o grau de notoriedade do atingido, a conduta – comissiva ou omissiva – a ele atribuída e a publicidade dada à situação.

### 3.2.1 - ASPECTOS GERAIS DO CASO ESCOLA DE BASE

O caso mais emblemático envolvendo essa questão, na qual a falta de diligência e responsabilidade dos meios de comunicação, aliado ao sensacionalismo barato e apelativo extrapolaram todos os limites até então conhecidos, destruindo a vida das pessoas objeto da matéria jornalística, foi o triste caso conhecido como “caso escola base” de 1994.

Em linhas gerais a história pode ser resumida nos seguintes termos: as donas da Escola de Educação Infantil Base no bairro da Aclimação em São Paulo, seus maridos e um casal de pais de aluno foram acusados de abusar sexualmente de outros alunos, chegando-se a afirmar que fotografavam e filmavam as sessões sexuais, tendo sido noticiado ainda que havia suspeitas de uso de drogas e de transmissão do vírus HIV.

As manchetes e notícias relativas ao caso foram as mais sensacionalistas e unilaterais possíveis.

Conforme demonstra ALEX RIBEIRO em livro dedicado ao caso, a imprudência do delegado de polícia responsável pelo caso, que ventilava na imprensa dados e fatos não confirmados, ainda sob investigação, e a conduta dos meios de comunicação que publicavam as declarações do delegado sem maiores

reflexões, de forma sensacionalista levaram a um incitamento de parcela da população que jogou uma bomba caseira, depredou e saqueou a sede da Escola e depredou e pichou a casa de uma das sócias.

O mesmo autor relata ainda que concomitantemente, por pressão da sociedade e da mídia, a Comissão Parlamentar de Inquérito da Prostituição determinou a quebra do sigilo bancário de todos os acusados, tendo o delegado ainda expedido mandado de prisão contra estes antes de encerrado o inquérito, sendo que somente dois foram efetivamente presos e posteriormente liberados<sup>191</sup>.

No final das investigações ficou demonstrada a inveracidade das acusações, com parte da imprensa, assumindo publicamente que não tomou as devidas cautelas ao noticiar o caso.

Pela sua responsabilidade objetiva no caso, o Estado de São Paulo foi condenado a pagar indenização por danos morais a cada um dos acusados no montante de R\$ 250.000,00, assim como diversos meios de comunicação demandados pelos acusados tais como a TV Globo, o Jornal Folha da Manhã S/A, a Editora Três (responsável pela publicação da Revista ISTOÉ), entre outros.

A exceção se deu com relação à Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., conforme julgamento proferido na Apelação Cível com Revisão 452.590-4/8-00, exarado pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por maioria de votos entendeu, nas palavras do Relator que: “não foi provado se haver extrapolado os limites da liberdade de comunicação assegurada pelo art. 5º, IX, da Constituição Federal, como exigível. É que, repita-se, a prova testemunhal não é suficientemente firme em apontar o abuso da apelada na divulgação das informações”.

### 3.2.2 - ESTUDO DA APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO 463.820-4/4-00 E DOS EMBARGOS INFRINGENTES 463.820-4/6-01 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Para o estudo de caso foi escolhido o acórdão da Apelação Cível com Revisão 463.820-4/4-00 e os Embargos Infringentes 463.820-4/6-01 dele originados, igualmente proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por serem

---

<sup>191</sup> RIBEIRO, Alex. Caso Escola Base: os Abusos da Imprensa – São Paulo, Ática, 2001 2ª ed.

acórdãos que, além de trabalharem com a questão do embate entre direitos de personalidade e a imprensa, também fizeram uso do tema do ônus probatório.

Iniciaremos pelo recurso de Apelação Cível interposta tanto pelos autores quanto pelo réu TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A. contra a decisão de primeiro grau que julgou procedente a ação de indenização por danos morais –autos 2554/2003 da 26ª Vara Cível da Capital – condenando o réu ao pagamento de R\$300.000,00 a cada um dos autores.

Por maioria de votos a 5ª Câmara de Direito Privado deu provimento ao recurso do réu afastando a condenação por danos morais e desproveu o recurso dos autores.

No voto vencedor de lavra do Desembargador Dimas Carneiro constou que, não obstante ser incontroverso o fato de o réu ter veiculado matéria jornalística sobre o caso em seu programa “Aqui Agora”, não teria restado comprovado nos autos mediante “texto gravado, filmado, ou degrevado, da reportagem, cujo conteúdo é, por isso, desconhecido neste processo”, qualquer abuso que gerasse ofensa aos autores.

Segundo o entendimento do Relator Designado que a prova testemunhal produzida nos autos não se prestaria a tal comprovação, pois:

Sem a prova material da matéria divulgada pela ré, prova que poderia ter sido produzida no curso da ação, não há como saber se esta se limitou, ou não, ao conteúdo daquilo que recebeu oficialmente através da Polícia Civil e para esse efeito a prova testemunhal produzida nestes autos é ineficaz, pois consiste em registros de impressões pessoais das testemunhas<sup>192</sup>.

Para melhor compreensão do caso se faz necessário, primeiramente, fazer um resumo do voto vencido para no momento seguinte passar a análise do julgado como um todo.

O Relator original, Desembargador A. C. Mathias Coltro deu parcial provimento a ambos os recursos, apenas com relação à redução do montante fixado a título de honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação, e com a contagem juros de mora desde evento danoso, considerando no mais plenamente demonstrada a violação aos direitos de personalidade dos autores por parte do réu.

Do voto deste se colhe:

---

<sup>192</sup> TJSP, Apelação Cível com Revisão 463.820-4/4-00 p. 02.

Como bem ponderou o juízo de primeiro grau, no presente caso, desnecessária era a produção de prova pericial, por se tratar de caso de notório conhecimento, com divulgação na mídia impressa, falada e televisiva.

Por outro lado, a prova testemunhal não pode ser considerada imprestável, como pretende a empresa-ré, tanto por não se haver demonstrado tal qualidade no tocante a ela, quanto porque e segundo o art. 332 do Código de Processo Civil, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para prova da verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa”, inexistindo, assim, hierarquia no tocante às provas e servindo todas à demonstração do quanto alegado pelas partes em juízo<sup>193</sup>.

Quanto às testemunhas, além de entender que não teriam sido contraditadas, o Magistrado ainda afirma que é:

de se considerar, outrossim, não se tratarem de informes de ouvir dizer, mas de ciência própria das testemunhas, aptos, portanto, a fazer “prova plena” (...) no tocante aos fatos sobre os quais depuseram<sup>194</sup>.

O voto vencido traz ainda informação extremamente relevante quanto à questão probatória, que diz respeito ao agravo de instrumento interposto pelo réu contra decisão interlocutória do Juízo *a quo*, que determinou que este juntasse aos autos cópias das fitas do programa televisivo em comento, sendo a decisão agravada mantida em sua integralidade pelo mesmo Tribunal, sem que o réu tivesse feito a juntada dos documentos.

Assim, para o Relator Vencido:

As matérias veiculadas nos noticiários da emissora violaram o preceito constitucional do art. 5º, inciso X, ao tratarem de forma incosequente e prematura os fatos, imputando-os, inclusive, aos autores, sem que disso houvesse a certeza necessária a tal asserção<sup>195</sup>.

Da análise do voto vencedor fica claro que o julgador compreende o ônus da prova como regra de julgamento. Isto porque, não tendo sido produzida a única prova que este julgava suficientemente apta a demonstrar se houve, por parte do réu, conduta geradora de indenização na esfera civil, ou mera reprodução objetiva das declarações do delegado de polícia – prova que, no seu entendimento, seria a gravação ou reprodução da matéria jornalística televisiva exibida pelo réu –, imputou

---

<sup>193</sup> *Idem, ibidem* p. 03/04.

<sup>194</sup> *Idem, ibidem* p. 07.

<sup>195</sup> *Idem, ibidem* p. 12.

o Relator Designado aos autores o ônus de que não teriam trazido aos autos comprovação das alegações presentes em sua peça inicial.

A prova testemunhal consubstanciada em depoimentos de uma advogada, de um gerente comercial e de um pesquisador científico e autor de obra sobre o caso – presume-se que seja o jornalista Alex Ribeiro autor da única obra de relevância sobre o tema – foi completamente desconsiderada pelo Relator, que a entendeu como sendo meras impressões pessoais dos depoentes.

Ora, o sistema processual civil não traz como regra geral uma hierarquia entre as provas ou muito menos um sistema tabelado no qual determinadas provas possuem força probatória maior do que as demais.

Apenas em casos excepcionais, algumas alegações somente se comprovam mediante determinadas provas e estes estão previstos taxativamente no Código de Processo Civil, como por exemplo, no artigo 401, o que não é o caso dos autos.

O artigo 332 do Código de Processo Civil é claro ao dispor que todos os meios legais e os moralmente legítimos são aptos a fazer “prova da verdade dos fatos”, não havendo racionalidade em afastar as declarações dos depoentes.

Ainda que se admita que o acesso somente aos acórdãos e não a íntegra dos autos não possibilite verificar qual o teor dos depoimentos prestados em primeiro grau, tem-se que estes deveriam ter sido considerados como aptos a provar a alegação de violação aos direitos de personalidade dos autores.

Isto porque a forma pela qual a mídia, inclusive o réu, noticiou o fato, de maneira sensacionalista e tendenciosa, com condenação moral dos autores ainda durante o curso do inquérito, é de conhecimento notório de todos que acompanharam minimamente o caso.

O destaque dado pela imprensa à situação, com diversas reportagens em horário nobre tratando diariamente do caso, e a repercussão que este teve – o que incluiu a quebra de sigilo bancário dos autores pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Prostituição antes de mesmo de concluído o inquérito policial – dão credibilidade aos testemunhos prestados por terceiros desinteressados.

No caso havia ainda a notícia de que o Magistrado Singular havia determinado ao réu que trouxesse ao processo cópias dos programas onde supostamente teria havido violação aos direitos de personalidade dos autores, sem que, contudo o réu o tenha feito.

Mesmo que se encare a situação com base unicamente na regra rígida de distribuição do ônus probatório do artigo 333 do *Codex* processual, resta evidente que, com o descumprimento da determinação judicial, o réu perdeu uma excelente oportunidade de cumprir com o ônus dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelos autores no sentido de demonstrar que o programa televisivo não incorreu em ofensa a estes.

Contudo este seria um caso no qual a teoria da modificação necessária do ônus probatório ou mesmo a da utilização da verossimilhança seriam plenamente aplicáveis. Isto porque é certo que para os autores era mais difícil trazer prova nos autos de que o réu exibiu reportagens a eles ofensivas, posto não se tratar de uma prova documental que pode ser facilmente armazenada ou mesmo acessada, mas sim de imagens veiculadas através da televisão, cujos telespectadores dificilmente possuem os meios para fazer gravação caseira ou ainda está, no momento da exibição, com todo o necessário para produzi-la. O réu, pelo contrário, por ser o produtor e gerador das imagens possui facilidade de acesso a estas.

Mesmo que não fosse caso de modificação necessária do ônus da prova, a verossimilhança se faria presente nas alegações dos autores, posto ser verossímil que pessoas imputadas por um crime de grande reprovação social e moral – abuso sexual de crianças –, tenham sofrido grave dano moral gerado pelas reportagens de grande rede de comunicação presente em todo o território nacional que noticiou e deu ampla divulgação ao caso mesmo antes de encerrado o inquérito policial, que, por sua vez, concluiu não serem verdadeiras as acusações.

Em seu voto o Desembargador Dimas Carneiro chega a afirmar que: “Não é desconhecido que a ré assumidamente se dedica também ao jornalismo sensacionalista”, para depois concluir que:

Isto não exige a Justiça de exigir, em cada caso, prova da efetiva ocorrência de excesso que tenha ultrapassado o exercício do direito de informação e o limite da liberdade de expressão garantida pela Constituição Federal<sup>196</sup>.

Realmente o fato de o réu produzir e exibir programas jornalísticos de cunho sensacionalista não retira do Judiciário o dever de verificar se, no caso concreto, houve ou não excesso no exercício do direito de comunicação.

---

<sup>196</sup> *Idem, ibidem* p. 04.

Porém a conduta passada do réu seria apenas mais um elemento de verossimilhança, presente nas afirmações dos autores, que não foi considerado.

Já o entendimento presente no voto vencido do Desembargador A. C. Mathias Coltro está em consonância com as modernas teorias acerca do ônus probatório apresentadas no capítulo 2.2 deste trabalho.

Primeiramente por vislumbrar que, para a prova das afirmações trazidas ao Juízo pelos autores, estes poderiam se utilizar de todos os meios probatórios, o que por certo incluía a prova testemunhal, observado apenas o artigo 332 do Código de Processo Civil.

Há ainda o fato do Relator Vencido informar que o Magistrado de Primeiro Grau já havia determinado ao réu a juntada de cópias das reportagens por ele exibidas em sua programação, sendo que este não o fez.

Esta determinação do Magistrado *a quo* por si só já gerou modificação do ônus da prova, pois incumbiu ao réu trazer a prova difícil, ou até impossível aos autores, mas que possivelmente comprovaria as alegações destes.

Compreendendo a situação dos autos em termos assemelhados aos expostos acima, os Embargos Infringentes nº. 463.820-4/6-01 opostos pelos autores da demanda original, foram julgados procedentes por maioria de votos, reconhecendo-se o dano moral sofrido pelos embargantes, sendo que esta decisão transitou em julgado.

Interessante notar que nessa ocasião, em seu voto vencido o Desembargador Dimas Carneiro entende que a justificativa para o fato do material requerido pelo Magistrado de Primeiro Grau não ter sido apresentado seria a de que o réu não teria sido notificado para conservá-lo além do prazo previsto no artigo 58, *caput* e § 1º da Lei 5.250/67 e, assim, não poderia arcar com tal ônus.

Por certo que na elaboração deste trabalho, na qual foram acessados somente os acórdãos e não a integralidade dos autos, não há como verificar se o réu foi notificado ou não. Mesmo presumindo-se que não houve a notificação, pela ausência de menções a este ponto em ambos os acórdãos, o prazo do artigo 58, *caput* e § 1º da Lei 5.250/67 não se aplicaria.

Conforme já demonstrado quando da análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-7 – que retirou a Lei de imprensa do sistema jurídico nacional –, a mencionada Lei, por suas incompatibilidades com o texto da Constituição Federal de 1988 – e mesmo antes do julgamento da ADPF



130-7 pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009 –, já não era plenamente aplicável.

Desde 2001 o Superior Tribunal de Justiça já entendia pelo afastamento do prazo decadencial previsto no artigo 56 da Lei 5.250/67 e dos demais prazos relacionados com o exercício do direito de indenização por danos morais gerados pelos meios de comunicação, inclusive o previsto no artigo 58, *caput* e § 1º da Lei 5.250/67.

Para esta Corte a falta de notificação da empresa jornalística para a conservação do material ofensivo não levaria à improcedência da demanda podendo a lesão ser comprovada mediante outros meios probatórios.

A Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes nos quais a questão é explicitada:

**CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROGRAMA RADIOFÔNICO TIDO COMO OFENSIVO. DANO MORAL. NOTIFICAÇÃO PARA GUARDA DAS FITAS ORIGINAIS. LEI N. 5.250/67, ARTS. 57 E 58, § 3º. INTEMPESTIVIDADE QUE NÃO PREJUDICA A COLHEITA DE PROVAS POR OUTROS MEIOS. CC, ART. 159.**

**I. A notificação prevista nos arts. 57 c/c 58, parágrafo 3º, da Lei de Imprensa, para obrigar a empresa produtora do programa radiofônico considerado lesivo à honra do autor, a guardar as gravações originais para servir de prova do dano moral perpetrado, não constitui elemento indispensável à propositura da ação, podendo o ato ilícito ser demonstrado por outros meios previstos na lei processual civil.**

**II. Destarte, incabível a extinção do processo meramente por intempestividade da aludida notificação, cabendo prosseguir o feito com a colheita de outros dados, segundo o pedido das partes, sob criteriosa apreciação do juízo, até o julgamento do mérito da ação indenizatória, que, na situação em comento, já se encontrava pronto para ser então apreciado.**

**III. Recurso especial conhecido e provido.**

(REsp 331882/PB, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2001, DJ 04/02/2002 p. 397) (grifos nossos)

**PROCESSO CIVIL - LEI DE IMPRENSA - DANO MORAL - NOTIFICAÇÃO DO ART. 57 - DISPENSA PARA PROPOSITURA DA AÇÃO - PRAZO DECADENCIAL - ART. 56 - NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88.**

**- A notificação prevista nos arts. 57 c/c 58, § 3º, da Lei de Imprensa, é dispensável à propositura da ação de indenização por danos morais.**

- O prazo decadencial do art. 56 da Lei de Imprensa não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

- Recurso não-conhecido.

(REsp 547710/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2004, DJ 10/05/2004 p. 279) (grifos nossos)

No mesmo sentido são os precedentes do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prolatados em momento anterior ao do julgamento dos

Embargos Infringentes, ocorrido em 2008, que seguem a orientação exarada pelo Superior Tribunal de Justiça. Como exemplo:

DANO MORAL - Entrevista na qual são proferidas ofensas pessoais – Imunidade parlamentar afastada - **Desnecessidade da notificação prévia mencionada pelo art. 58 da Lei de Imprensa - Dano moral reconhecido** - Responsabilidade do órgão de imprensa em razão da postura adotada por seu preposto -Lide secundária julgada procedente -Montante fixado de forma adequada ao caso concreto - Recursos improvidos. (TJSP Apelação c/ Revisão nº 161.082.4/3-00 Rel. José Augusto Genofre Martins 3ª Câmara “A” Direito Privado DJU 01/09/2006 (grifos nossos)

No corpo do acórdão tem-se:

**Desnecessária a notificação prevista pelo artigo 58, §3º, da Lei de imprensa, que se presta a permitir que o autor tenha elementos de provar os fatos ofensivos à sua honra, o que foi possível por meio de outros elementos trazidos aos autos (em especial a degravação de fls. 21/66 e a prova oral).**(grifos nossos)

Desta forma se pode considerar que os prazos previstos no artigo 58 da Lei de Imprensa não se aplicavam antes mesmo da sua retirada do ordenamento jurídico por serem incompatíveis com a Constituição Federal de 1988 ao limitar a defesa de direitos personalíssimos constitucionais assegurados, não havendo, portanto como imputar qualquer entendimento voltado à improcedência da demanda indenizatória à falta de notificação, já que a ofensa aos direitos de personalidade dos autores poderia ser comprovada de outras formas que não a degravação do programa televisivo.

O Desembargador Silvério Ribeiro também em lavra de voto vencido nos Embargos Infringentes posicionou-se no sentido de que os autores não teriam cumprido com o disposto no artigo 282, III do Código de Processo Civil, uma vez que não teriam trazido a descrição dos fatos pela ausência de informações acerca de quando teriam ocorrido os fatos imputados ao réu e em que horário ou programa.

Em seu entendimento a prova testemunhal não poderia suprir tal defeito, sendo que em outros casos envolvendo os autores e meios de comunicação, nos quais houve a procedência do pedido, teriam sido juntadas “reportagens publicadas em revistas ou jornais, com indicação precisa de trechos ou dizeres relativos à Escola”. Conclui afirmando:

Tornou-se muito conhecido o caso da Escola-Base, bem como a sua destruição e a situação a que ficaram reduzidos seus diretores.

Mas, não restou conhecido que a TVSBT tivesse noticiado os fatos e muito menos houvesse causado danos às pessoas dos autores<sup>197</sup>.

Este posicionamento não deve prosperar uma vez que, ao que tudo indica da leitura dos acórdãos, os autores apontaram em qual programa exibido pelo réu teria havido a ofensa ao seu nome, imagem, honra e etc, no programa “Aqui Agora”.

Igualmente teriam demonstrado em sua peça inicial em qual fato imputado ao réu – qual seja a veiculação de reportagem jornalística sensacionalista que atribuía aos autores conduta criminosa e moralmente ultrajante sem provas concretas –, se baseava a sua pretensão de ressarcimento na esfera civil.

De todo o exposto se pode verificar que na questão probatória deve ser aplicada a atual teoria processual, que conecta o processo com o direito material, superando primeiramente a problemática da confusão entre o direito material e processual ocorrida até a metade do século XIX e, posteriormente a problemática da negação dessa vinculação, em nome de uma pretensa autonomia do sistema processual em detrimento do direito material, na qual a ação era vista de forma abstrata<sup>198</sup>.

Diante da alegação de ofensa a um direito inerente ao ser humano e da dificuldade da parte autora em comprovar a lesão por ela sofrida, institutos processuais como o da modificação do ônus da prova devem ser utilizados, pois o processo não é um instituto autônomo e completamente desvinculado do direito material.

Nem se alegue que a regra estanque de distribuição do ônus da prova presente no artigo 333 do Código de Processo Civil não permite que o Magistrado gerencie o ônus probatório em conformidade com o caso concreto.

Para o processo praticado em um Estado Democrático de Direito, cujas bases se encontram no constitucionalismo moderno o qual pretende dar a proteção mais eficaz aos direitos previstos na Constituição – em especial aos ligados à dignidade da pessoa humana, entendida pela doutrina majoritária como a cláusula geral dos direitos de personalidade no sistema jurídico brasileiro –, uma regra processual prevista em um Código anterior à Constituição Federal não pode ser utilizada como óbice.

---

<sup>197</sup> TJSP, Embargos Infringentes 463.820-4/6-01 p. 04

<sup>198</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, ob cit p. 157/162.

LUIZ GUILHERME MARINONI, ao comentar acerca da relação existente entre a atual falta de tipicidade das formas processuais e o direito de ação, entende o procedimento a ser adotado no curso processual pelas partes e pelo juiz como:

(...) via capaz de garantir os direitos à participação e à efetividade do direito material. Objetiva-se demonstrar que o autor tem o direito de *participar* de forma plena no processo – influenciando sobre o convencimento do juiz e atuando para obter a tutela do direito – e, por consequência, o direito ao procedimento *idôneo às necessidades do direito material*.

A participação efetiva tem relação com a possibilidade de alegar, provar, participar da produção da prova e falar sobre o seu resultado<sup>199</sup>.

Mais adiante: “O Estado constitucional, como é sabido, caracteriza-se pela ruptura do princípio da supremacia da lei e pela normatividade dos direitos fundamentais.” (p. 268)

De tal modo nas situações em que há alegação de ofensa a um direito pertencente à categoria dos direitos de personalidade cabe ao Magistrado verificar qual o procedimento a ser adotado para a facilitação da comprovação das alegações trazidas por esta parte, seja através da modificação necessária do ônus da prova, seja mediante o julgamento com base na verossimilhança ou no raciocínio presuntivo.

---

<sup>199</sup> *Idem, ibidem* p. 265.

## CONCLUSÃO

O presente estudo consubstanciou-se em uma singela tentativa de aglutinar e interconectar dois ramos que, com o passar das décadas, desde superação da idéia de ação abstrata e autônoma, paulatinamente tem buscado se aproximar: o direito material, neste caso os direitos de personalidade, e a tutela prestada a estes mesmos direitos, com destaque para a questão probatória.

Viu-se que a compensação pecuniária dos danos não é a melhor tutela a ser prestada em caso de ofensa a um direito de personalidade, devendo, sempre que possível, ser buscada a inibição do ilícito para que o dano não venha a ocorrer.

Igualmente se verificou que os direitos de personalidade, entre eles a liberdade de expressão, são frutos de uma longa construção teórica de proteção da pessoa como um valor em si mesma e das suas liberdades, atualmente garantidas na Constituição Federal de 1988.

Especificamente quanto à liberdade comunicativa – incluindo a de se expressar, seja individualmente, seja através de uma organização –, foi observado que até 2009, quando do julgamento da ADPF 130-7 pelo Supremo Tribunal Federal, esteve vigente a Lei 5.250/67, que apesar de trazer diversas limitações ao exercício da liberdade comunicativa, incompatíveis com o texto constitucional, também tutelava situações não previstas em outros instrumentos normativos.

Constatou-se que no mundo dos fatos as violações aos direitos de personalidade são uma constante.

Normalmente o agente violador a faz baseado em sua liberdade de expressão, situação em que o conflito entre duas grandezas de mesma natureza deve ser resolvido de maneira judicial mediante a técnica da proporcionalidade e os critérios específicos para o embate entre direitos de personalidade e liberdades comunicativas fornecidos pela doutrina e jurisprudência italianas, em franco uso no Brasil.

Porém em momento anterior ao da resolução do conflito, o Magistrado tem que formar o seu convencimento, e isto se dá com base nas provas trazidas pelas partes em juízo.

Pela relevância da questão probatória para os casos de embate entre direitos de personalidade se foi buscar a função da prova judicial, que na visão mais

tradicional, seria a de provar os fatos trazidos em juízo, o que trouxe conseqüentemente a problemática da definição do conceito de verdade.

Como o problema da apreensão da verdade e da atuação neutra ou não do agente que a transmite assume importância ímpar também para o jornalismo, as principais teorias deste ramo do saber que procuram estudar os fatores que influenciam a notícia, também foram abordadas, ainda que resumidamente.

Neste contexto amplo no qual o direito material a ser tutelado se liga ao aspecto mais subjetivo da pessoa e o propósito da prova hodiernamente, como visto no trabalho, não se liga mais à verdade dos fatos, mas às alegações de fato trazidas pelos litigantes, dentro das limitações da cognição humana, o tema da distribuição do ônus probatório toma especial relevância, tendo sido apontadas alternativas para a regra prevista no Código de Processo Civil que melhor tutelam situações envolvendo direitos essenciais à pessoa e à dificuldade muitas vezes inerente de se provar a sua violação.

A fim de trazer um pouco de realismo para o estudo puramente teórico foram trabalhados os acórdãos provenientes da Apelação Cível com Revisão 463.820-4/4-00 e os Embargos Infringentes 463.820-4/6-01 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que abordam uma das facetas do caso mais notório e vergonhoso protagonizado pela imprensa nacional nas últimas décadas, que em nome de sua liberdade de expressão, e mediante agir irresponsável e precipitado, denegriu o nome e a honra de pessoas inocentes, além de destruir suas vidas.

Trata-se do lastimável “caso Escola de Base”, paradigma do pior da imprensa nacional.

Nos autos em comento, no qual litigavam os outrora acusados de crime sexual contra crianças e notória rede de televisão, a questão probatória teve papel central para a configuração do dever de indenizar.

Pelos estudos realizados se verificou que o tema da prova foi mal interpretado por alguns Magistrados tendo sido proposta abordagem diversa baseada em teorias mais atuais de distribuição da carga probatória.

Como já dito, o objetivo do estudo foi o de que aproximar duas áreas do saber e com isso contribuir para o aperfeiçoamento da tutela prestada aos direitos de personalidade.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz De. Exegese do Código de Processo Civil. Vol. IV, Tomo I – Rio de Janeiro, AIDE, 1984.

ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. A Verdade Substancial. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba ano 1 nº 03, 1996.

\_\_\_\_\_. O Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro. Revista Jurídica, ano 54, nº. 343, maio de 2006.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos – São Paulo: Malheiros, 8ªed, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

BELTRÃO, Sílvio Romero. Direitos da Personalidade de Acordo com o Novo Código Civil– São Paulo, Atlas, 2005.

BITTAR Filho, Carlos Alberto. Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais, 2ª Ed. Revista dos Tribunais - São Paulo, 2002.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico – São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 130-7, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto DJU 06/11/2009 consultado em 22/03/2010.

BUECHELE. Paulo Arminio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição – Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BURKE, Peter. A Escrita da História – São Paulo, Unesp, 2001.

CALAMADREI, PIERO. Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile. Revista di Diritto Processuale, volume X parte I, Padova, Cedam, 1955.

CAMBI, Eduardo. A prova Civil: Admissibilidade e Relevância – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CASTRO, Francisco Augusto Das Neves. Theoria das Provas e sua Aplicação aos Actos Cíveis in PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O Ônus da Prova no Direito Processual Civil 1ª Ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao Novo Código Civil– Rio de Janeiro, Forense, 2004.

CHINELLATO, Silmara Juncy. Da Responsabilidade Civil no Código de 2002 – Aspectos Fundamentais. Tendências do Direito Contemporâneo in O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord) – Renovar, 2008.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns Apontamentos Sobre os Chamados Direitos de Personalidade. Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo/ Luiz Edson Fachin (coord)– Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

CREMASCO, Suzana Santi. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova – Rio de Janeiro, GZ, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil, Direito Patrimonial e Direito Existencial. Flávio Tartuce e Ricardo Castilho (coord)– São Paulo, Método, 2006.

FARIAS. Edilson, Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Aplicação/Interpretação do Direito: São Paulo: Malheiros, 4ªed, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Imposição e Inversão do Ônus da Prova – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



MACHADO, Jônatas E. M. Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social – Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARCONDES, Ciro Filho. O Capital da Notícia. – São Paulo, Ática, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Questão do Convencimento Judicial. In [http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080320041026A\\_QUESTAO\\_DO\\_CONVENCIMENTO\\_JUDICIAL.pdf](http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080320041026A_QUESTAO_DO_CONVENCIMENTO_JUDICIAL.pdf) acessado em 15/01/2010

\_\_\_\_\_. Formação da Convicção e Inversão do ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto. Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 1ª ed in [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/luiz\\_marinoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/luiz_marinoni.htm) acessado em 15/01/2010.

\_\_\_\_\_. Teoria Geral do Processo – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Tutela Inibitória: Individual e Coletiva, 4ªed. - São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, volume 3: Execução – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Processo de Conhecimento - São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência – São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva in O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord) – Renovar, 2008.

MUNIZ, Francisco José Ferreira, OLIVEIRA, José Lamartine de. O Estado de Direito e os Direitos de Personalidade. Revista dos Tribunais, v. 532, fevereiro 1980.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIZARRO, Ramón Daniel. Responsabilidad Civil de los Médios Masivos de Comunicación - Daños por Noticias Inexactas o Agravantes – Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

RIBEIRO, Alex. Caso Escola Base: os Abusos da Imprensa – São Paulo, Ática, 2001.

SCALAMOGNA, Margherita. L' Efficacia Probatoria Degli Argomenti Di Prova. Rivista Di Diritto Processuale ano LXIV, nº. 5, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e a sua Tutela. 2ªed. - São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz. Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 2, v. 2 julho-dezembro/2001.

\_\_\_\_\_. Verità e Probabilità Nella Prova dei Fatti. Revista de Processo. Ano 32 nº 154 dez 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. Temas de Direito Civil, 3ª ed. – São Paulo, Renovar, 2004.

TIRELLI, Francesco. Informazione e Responsabilità Civile – Milano, Giufrè Editore, 1996

TRAQUINA, Nelson. Teorias do Jornalismo, Porque as Notícias São Como São, v. 1 – Florianópolis, Insular 2ªed, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível com Revisão 463.820-4/4-00. Rel. Dimas Carneiro DJU 22/12/2006 consultado em 10/07/2010.

\_\_\_\_\_. Embargos Infringentes 463.820-4/6-01 Rel. Oldemar Azevedo DJU 28/11/2008 consultado em 10/07/2010.

VINEY, Geneviève. As tendências Atuais do Direito da Responsabilidade Civil in Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional– São Paulo, Atlas, 2008.

**ANEXOS**

**ANEXO 1**

Apelação Cível com Revisão 463.820-4/4-00

33  
4 DV

Jurisprudência



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA  
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



\*01182728\*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 463.820-4/4-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que são apelantes e reciprocamente apelados TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S.A., ICUSHIRO SHIMADA (E OUTROS):

**ACORDAM**, em Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR POR V.U. E, NO MÉRITO, POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ, DESACOLHIDO O DO AUTOR, VENCIDO O RELATOR SORTEADO QUE DECLARARÁ VOTO. ACÓRDÃO COM O REVISOR E DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR DO 3º JUIZ, DES. SILVÉRIO RIBEIRO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente, sem voto), A. C. MATHIAS COLTRO SILVERIO RIBEIRO.

São Paulo, 22 de novembro de 2006.

**DIMAS CARNEIRO**  
Relator Designado

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Apelação Cível com Revisão nº 463.820.4/4-00**  
**5ª Câmara de Direito Privado****VOTO Nº 2866****COMARCA DE SÃO PAULO****APELANTE E APELADO:** TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A  
E OUTRO**APELADO E APELANTE:** ICUSHIRO SHIMADA (E OUTROS) E  
OUTRO**DECLARAÇÃO DE VOTO**

Vistos.

No que toca à questão preliminar, improcede a arguição de inépcia da inicial, a qual, no contexto dos seus argumentos, atribui à ré comportamento jornalístico açodado, ao divulgar fatos negativos que prejudicaram os autores e assim, neste tópico, acompanho o insigne Relator.

Mas, no mérito, respeitado o entendimento do eminente Relator, entendo que a presente ação padece de carência fática que conduz, no mérito, ao resultado negativo da demanda.

É incontroverso que a ré, através do seu programa "Aqui Agora" chegou a apresentar matéria jornalística a respeito do caso envolvendo os autores e o seu estabelecimento escolar. Contudo, não veio aos autos texto gravado, filmado, ou degravado, da reportagem, cujo conteúdo e, por isso, desconhecido neste processo.

Apelação Cível nº 463.820.4/4-00/voto nº 2866

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Apelação Cível com Revisão nº 463.820.4/4-00**  
**5ª Câmara de Direito Privado**

Ora! É também incontroverso que a origem da matéria jornalística atacada foram os fatos divulgados precipitadamente pelo Delegado atuante no inquérito policial. Com a devida venia, reportagem fiel a fatos divulgados oficialmente, enquanto não desmentidos, não podem ser, em princípio, debitados à responsabilidade do órgão de imprensa a menos que este, extrapolando o limite da narrativa oficial, os enfatize de forma a deturpá-los, ou pior, adicione-lhes fatos e/ou conclusões não autorizados pelo conteúdo da nota oficial, comprometendo, dessa forma, a honra alheia. Sem a prova material da matéria divulgada pela ré, prova essa que poderia ter sido produzida no curso da ação, não há como saber se esta se limitou, ou não, ao conteúdo daquilo que recebeu oficialmente através da Polícia Civil e para esse efeito a prova testemunhal produzida nestes autos é ineficaz, pois consiste em registros de impressões pessoais de testemunhas, as quais devem se limitar a relatar objetivamente os fatos dos quais têm conhecimento próprio, cabendo a interpretação aos advogados, promotores e juízes atuantes no processo.

**"Art. 416. O juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro, à parte, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento."** (art. 416, *caput* do Código de Processo Civil).

A jurisprudência desta Corte também se compõe no sentido de inadmissibilidade do pedido indenizatório:

Apelação Cível nº 463.820.4/4-00/voto nº 2866





## PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**Apelação Cível com Revisão nº 463.820.4/4-00**  
**5ª Câmara de Direito Privado**

**INDENIZAÇÃO - Lei de Imprensa - Divulgação de fato depreciativo com base em informação de terceiro - Falta de intenção de caluniar ou difamar - Improcedência do pedido. Não cabe indenização por notícia veiculada em jornal, transmitida ao repórter por autoridade policial de cuja idoneidade não se pode duvidar. (Apelação Cível n. 60.315-4 - Suzano - 6ª Câmara de Direito Privado - Relator: Ernani de Paiva - 20.10.98 - V.U.)**

**INDENIZAÇÃO - Danos morais - Órgão da imprensa que divulga conteúdo de Boletim de Ocorrência Policial - Conduta que se pautou dentro da ética jornalística - Simples narração dos fatos apurados pela polícia - Ação improcedente - Decisão mantida - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 78.942-4 - Limeira - 7ª Câmara de Direito Privado - Relator: Oswaldo Breviglieri - 12.05.99 - V.U.)**

**INDENIZAÇÃO - Danos morais - Órgão da imprensa que divulga conteúdo de Boletim de Ocorrência Policial - Conduta que se pautou dentro da ética jornalística - Simples narração dos fatos apurados pela polícia - Ação improcedente - Decisão mantida - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 25.075-4 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Privado - Relator: Oswaldo Breviglieri - 11.02.98 - V.U.)**

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Apelação Cível com Revisão nº 463.820.4/4-00**  
**5ª Câmara de Direito Privado**

O que se comprovou validamente através de testemunhas foi apenas que a ré difundiu matéria, na mídia, a respeito dos autores e do estabelecimento escolar deste, contudo, as conjecturas expressadas pelos depoentes, com a devida venia, não prestam para comprovação do caráter abusivo, sensacionalista, difamatório, do conteúdo da reportagem, pois, para esse fim, a matéria jornalística necessitaria ser comparada com a nota divulgada oficialmente pela Polícia Civil.

Não é desconhecido que a ré assumidamente se dedica também ao jornalismo sensacionalista, mas isto não exime a Justiça de exigir, em cada caso, prova da efetiva ocorrência de excesso que tenha ultrapassado o exercício do direito de informação e o limite da liberdade de expressão garantida pela Constituição Federal. Ninguém pode ser responsabilizado pelo seu comportamento habitual, sem que haja comprovação de efetiva incidência em ilícito, no caso concreto.

Vislumbra-se, na espécie, um processo mal instruído, no qual se insiste em querer a penalização da ré, não por aquilo que deveria estar satisfatoriamente comprovado, mas sim pelo seu comportamento habitual, o que não é possível dentro do melhor Direito, mais uma vez, concessa venia.

Decorre do disposto no art. 131 da Lei Processual Civil que a livre convicção do juiz deve derivar do exame das provas idôneas constantes dos autos, não de elementos que autorizam apenas conclusão intuitiva.

Apelação Cível nº 463.820.4/4-00/voto nº 2866

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma linha horizontal abaixo dela.



## PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**Apelação Cível com Revisão nº 463.820.4/4-00**  
**5ª Câmara de Direito Privado**

**"Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."**

Interpretando o citado dispositivo processual, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

**"A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual" (STJ-4ª Turma, REsp 7.870-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 3.12.91, deram provimento parcial, v.u., DJU 3.2.92, p. 469)."**  
 (nota nº 1ª, lançada por Theotonio Negrão *in* "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", editora Saraiva, 38ª edição, pág. 254).

Em face do exposto, afastando a arguição preliminar, voto pelo provimento do apelo da ré para julgar a ação improcedente e pelo desprovimento do recurso dos autores, aos quais ficam atribuídos os ônus sucumbenciais, fixada a honorária em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) conforme a regra do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, observado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

  
**DTMAS CARNEIRO**  
 Revisor

*Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

5ª CÂMARA – SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO  
 APELAÇÃO Nº 463.820 4/400 VOTO Nº 12874  
 COMARCA: SÃO PAULO (26ª VARA – PROCESSO Nº 2554/2003)  
 RECORRENTE(S): TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A E OUTRO  
 RECORRIDO(S): ICUSHIRO SHIMADA (E OUTROS) E OUTRO  
 NATUREZA DA AÇÃO: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E RESPONSABILIDADE CIVIL

**Declaração de voto vencido do relator sorteado**

EMENTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EMISSORA DE TELEVISÃO QUE, SEM A CAUTELA NECESSÁRIA, VEICULA MATÉRIAS REFERENTES A FATOS SUPOSTAMENTE CRIMINOSOS E POSTERIORMENTE DESMENTIDOS, AS QUAIS VÊM ATINGIR IRREMEDIAMENTE A HONRA E A IMAGEM DOS AUTORES – PROVA TESTEMUNHAL CORROBORANDO A VERSÃO DOS DEMANDANTES - INDENIZAÇÃO DEVIDA – INADMISSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO LEVANDO-SE EM CONTA O DISPOSTO NA LEI DE IMPRENSA – JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO E À BASE DE 12% AO ANO, A PARTIR DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL E 0,5% AO MÊS, RELATIVAMENTE AO PERÍODO ANTERIOR - CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DA INDENIZAÇÃO – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA - RECURSOS DOS AUTORES E DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDOS.

1.- Recursos contra a respeitável decisão de fls. 296 e seguintes e julgou procedente a ação de indenização por danos morais, condenando a empresa-ré ao pagamento de R\$ 300.000,00 a cada um dos três autores, acrescidos de juros de mora de 12% ao ano, além de fixar verbas honorárias em 20% sobre o valor total da condenação.



Pretende a demandada a reforma da sentença, alegando, preliminarmente, a inépcia da inicial, diante da falta de exposição da causa de pedir remota enquanto e no mérito, aduz ser imprestável a prova testemunhal.

Subsidiariamente, postula a redução dos valores da condenação, bem como seja considerada a data da publicação da sentença para o cômputo dos juros e, por fim, sejam os honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação.

1.1.- Os autores recorrem adesivamente, buscando sejam os juros de mora computados a partir da data do evento danoso e quanto à correção monetária incida a partir de 28 de março de 1994, data dos fatos.

Regularmente processados os apelos, com apresentação das contra-razões.

É o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

2.- O exame dos autos revela serem parcialmente procedentes os recursos.

Segundo se infere dos autos os requerentes eram proprietários de um estabelecimento de ensino, nesta Capital e, em 28 de março de 1994, duas mães de alunos se dirigiram ao 62º Distrito Policial e noticiaram que seus filhos haviam sido molestados por professores e outros profissionais ligados à escola.

Os fatos tomaram grande repercussão, inclusive nacional, com ampla divulgação na mídia, passando a ser conhecido como o caso da “Escola de Base”.

Posteriormente, o inquérito policial instaurado veio a ser arquivado, porquanto não existiam quaisquer provas, ainda que mínimas, dos fatos narrados à autoridade policial.

Entretanto, a ré, emissora de televisão, veiculou diariamente, em seus noticiários, reportagens inverídicas e distorcidas sobre o caso, o que causou sérios danos à honra e à imagem dos autores, razão pela qual pleitearam eles indenização.

2.2.- Preliminarmente, é de se afastar a alegação de inépcia da inicial por ausência de causa de pedir remota.

Efetivamente, preenche ela os requisitos de forma a que se refere artigo 282 do Código de Processo Civil, ao narrar o ilícito imputado à ré, sendo o pedido decorrência lógica dessa narrativa, que não se pode asseverar como inepta, trazendo, nas catorze páginas em que se desenvolve, o quanto preciso ao fim a que a destinada.

Posto isso, passa-se ao exame do mérito.

2.3. - Como bem ponderou o juízo de primeiro grau, no presente caso, desnecessária era a produção de prova pericial, por

se tratar de caso de notório conhecimento, com divulgação exaustiva na mídia impressa, falada e televisiva.

Por outro lado, a prova testemunhal não pode ser considerada imprestável, como pretende a empresa-ré, tanto por não se haver demonstrado tal qualidade no tocante a ela, quanto porque e segundo o art. 332 do Código de Processo Civil, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para prova a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”, inexistindo, assim, hierarquia no tocante às provas e servindo todas à demonstração do quanto alegado pelas partes em juízo.

Desconsiderar os relatos colhidos, sob o argumento de que seriam simples juízos dos testemunhantes a respeito dos fatos, serviria até a caracterizar descumprimento de norma federal (no caso o dispositivo acima citado), servindo, em princípio, a habilitar a parte com isto prejudicada a valer-se de recurso para a instância superior.

Em verdade, longe de externarem meros juízos de valor sobre os fatos tratados nos autos, dão conta de que os noticiários exibidos diariamente pela emissora, mais especificamente o “Aqui Agora” e o “TJ Brasil”, divulgaram exaustivamente os fatos, imputando-os diretamente aos autores (fls. 289/294), “sendo a matéria divulgada de natureza leviana e sensacionalista, agressivo, imputando responsabilidade direta aos autores por crimes apurados em inquérito policial versando sobre abuso sexual”

envolvendo crianças; a reportagem foi exagerada e denegriu a imagem dos autores, que afinal tiveram o estabelecimento apedrejado e as atividades encerradas” (fls. 289/290), sendo que “a reportagem não apenas relatou os fatos como tirou conclusões precipitadas” (fls. 290).

Às fls. 291/292 informou-se que, no programa “Aqui Agora”, “a matéria não só relatou os fatos como atribui responsabilidade pessoal a eles de forma leviana e grosseira, o que culminou com o apedrejamento do estabelecimento comercial e o encerramento das atividades”, culminando a testemunha seguinte, na qualidade de pesquisador científico e autor de obra sobre o caso, “devido à notoriedade que tomou”, em fls. 293/294, aludindo ao “TJ Brasil” e ao “Aqui Agora”, por qualificar a matéria jornalística como “sensacionalista, leviana”.

Tais testemunhas não foram objeto de qualquer contradita de parte de quem quer que fosse, inferindo-se, assim, que nada se tinha contra elas e que pudesse desqualificar seus relatos, cumprindo atentar-se que foram prestados por uma advogada (fls. 289), um gerente comercial (fls. 291) e o referido pesquisador (fls. 294), condições que permitem – até prova em contrário – e que não foi produzida nos autos, terem a necessária independência e confiabilidade, quanto àquilo que trouxeram acerca das conclusões que o noticiário nelas deixou!

Oportuno lembrar, conforme antigo precedente jurisprudencial e a que se refere José Mendonça, que, “Com



relação à credibilidade das testemunhas, deve-se atentar á sua posição social, quanto tal posição as coloca acima de qualquer exceção”<sup>1</sup>, sendo de ver-se, que, no caso, existisse alguma razão apta a conclusão diversa e por óbvio que a emissora teria contraditado as testemunhas, o que, todavia, inoconreu.

Assim, lícito afirmar que se revestiram da força persuasiva necessária a corroborar a versão dos demandantes, sendo oportuna, a respeito, a lição de Moacyr Amaral Santos:

“Para conhecer-se o real valor dos testemunhos, estes deverão ser examinados, pesados e confrontados quanto ao *seu sujeito*, quanto à *sua forma* e quanto ao seu *conteúdo*. Certamente, as informações trazidas pelo depoente é que falam dos fatos, sobre sua existência ou inexistência, mas a pessoa que presta as informações, o modo e a forma destas repercutirão forçosamente na análise e apreciação do conteúdo do depoimento. Mesmo porque a verdade, que deve estar nas palavras proferidas pelas testemunhas, melhor será assegurada quando ressaltar do exame psicológico do depoente, do depoimento e dos fatos da causa. Daí dizerem os juristas que, na apreciação dos testemunhos, reclama-se a atenção do juiz para *as testemunhas*, para *a origem e a natureza dos seus conhecimentos e para o caráter dos fatos...*”<sup>2</sup>.

Oportuna, ainda, a lição de Michele Taruffo:

<sup>1</sup> MENDONÇA, JOSÉ. A prova civil. Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1940, p. 149

<sup>2</sup> - AMARAL SANTOS, Moacyr – Prova Judiciária no Cível e Comercial – vol. III – 4ª ed. São Paulo – Max Limonad – 1972 – p. 581

De se considerar, outrossim, não se tratarem de informes de ouvir dizer, mas de ciência própria das testemunhas, aptos, portanto, a fazer “prova plena”, conforme assinalado por José Mendonça<sup>3</sup>, no tocante aos fatos sobre os quais depuseram

Da valoração dos elementos coligidos, exsurge inarredável a responsabilidade da emissora, que sequer se dispôs a entregar o material a respeito do qual foi determinado pusesse à disposição do egrégio juiz de primeiro grau, em deliberação que acabou por ser confirmada por esta mesma Câmara, conforme o acórdão que se transcreve:

1. – Recurso contra a decisão de fls. 64, que, em ação de indenização por danos morais, determinou à ré a juntada de cópia de fitas de vídeo aos autos.

Segundo se infere dos autos os recorridos ajuizaram ação de indenização em face da recorrente, sustentando terem sofrido verdadeiro “linchamento moral”, em face da divulgação pelos meios de comunicação das notícias relacionadas com o “Caso da Escola-Base”.

Uma vez contestada foi a ação julgada improcedente, com fundamento no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Os autores recorreram da decisão, tendo esta 5ª Câmara de Direito Privado dado provimento ao apelo, para o fim de, afastada a conclusão a que chegou a respeitável sentença, fosse dado prosseguimento ao feito.

Ato contínuo, o digno Juiz de primeiro grau determinou à ré, em 10 dias, a juntada de cópia das fitas, nos termos dos artigos 339, 355 e 359, do Código de Processo Civil.

Pretende o recorrente a reforma do *decisum*, alegando que é defeso ao magistrado requisitar, de ofício, a exibição de documentos, sob pena de presumir-se verdadeiro o que os agravados alegam, que o encarte aos autos do arcabouço probatório é de responsabilidade dos autores, e o artigo 355 do Código de Processo Civil gera processo incidental e somente pode ser suscitado pela parte interessada.

É o relatório.

2. – O agravo comporta julgamento, sem necessidade de providência outra.

A decisão recorrida merece ser mantida integralmente.

Dispõe o artigo 130 do Código de Processo Civil, que, “*Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*”

Assim, dentro do que o próprio Código processual autoriza, pode e deve o juiz determinar o quanto necessário for à instrução do processo e como forma de subsidiar sua convicção, com vistas à decisão que deverá proferir por fim.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

<sup>3</sup> MENDONÇA. JOSE. A prova civil, Rio de Janeiro, Livraria Jacintho. 1940. p. 143

PROVA - Produção - Poder discricionário - Oposição pela parte - Inadmissibilidade - Juntada de fita de vídeo reputada dispensável ao deslinde da causa - Recurso não provido. Segundo o artigo 130, do Código de Processo Civil, o juiz tem o poder de estabelecer a necessidade, ou não, da prova, uma vez que ele é o destinatário da mesma, e deve se convencer da verdade dos fatos para solucionar a lide. Portanto, não se mostra viável que a parte se arvore em atividade tipicamente judicial, que é a apreciação acerca do cabimento ou não de determinada prova. (Agravado de Instrumento n. 884.315-0/9 - São Paulo - 26ª Câmara de Direito Privado - Relator: Andreatta Rizzo - 16.05.05 - V.U.)

PROVA - Ônus - Fato constitutivo - Determinação pelo Juízo de juntada de documentos pela ré, antes da decisão saneadora - Alegação de que tal juntada incumbiria ao autor, por constituir fato constitutivo de seu direito - Irrelevância - Inteligência do artigo 130 do Código de Processo Civil - Decisão mantida - Recurso não provido O poder instrutório do Juiz, previsto no artigo 130, não se subordina às regras do ônus da prova; e não as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos. (Agravado de Instrumento n. 231.977-1 - São Paulo - 11.10.94)

PROVA - Documento - Convencido o juiz da necessidade da juntada de documento para o deslinde da questão, pode determinar a qualquer das partes que o faça - Artigo 130 do Código de Processo Civil - Decisão mantida - Recurso não provido. (Agravado de Instrumento n. 18.455-4 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Privado - Relator: Debatin Cardoso - 26.03.97 - V.U.).

A respeito, escreveu o Prof. José Frederico Marques:

*"Embora o pedido de produção de provas, que constitui o ato inicial do procedimento probatório, se apresente precipuamente como função das partes, também o juiz, em alguns casos, armado está de poderes para ordenar, ele próprio, ex officio, que se realizem determinadas diligências instrutórias ou que se produzam provas. (...) Como órgão destinado a presidir a produção de provas, verificar de sua admissibilidade e submetê-las, a final, à necessária valoração, para assim sentenciar sobre a lide dando a cada um o que é seu, indiscutível é que deve caber ao juiz, também, a atribuição de determinar a realização de provas, sempre que entenda imprescindível essa complementação instrutória. A esse respeito, escreveu o que segue o saudoso desembargador Heróides da Silva Lima 'O juiz é obrigado a julgar. Sob o império desse dever dirige o processo para assegurar-lhe andamento rápido e conforme a verdade. Colhidas as provas, estará habilitado a cumprir a sua principal missão. Mas na formação do material de julgamento ele não fica na posição de simples espectador, aguardando que as próprias partes formem a prova'. Como consta da exposição de motivos do Código de 1939, o juiz 'ordenará quando for necessário ao conhecimento da verdade'".<sup>4</sup>*

De outra parte e considerando o disposto no citado dispositivo, perfeitamente aplicável ao caso os artigos 355 e 359, do Código de Processo Civil, mesmo porque é da competência do magistrado avaliar o porquê da recusa da parte em exhibir o documento ou coisa, para, então, admitir, ou não, como verdadeiros os fatos alegados.

O mesmo doutrinador antes referido, ao examinar as consequências da não exibição da prova pela parte, registra:

<sup>4</sup> Instituições de Direito Processual Civil, Volume III, Editora Millennium, 1ª edição atualizada, 2000, págs. 350/351.

<sup>5</sup> Ob cit., pág. 388

<sup>6</sup> Comentários ao Código de Processo Civil. Forense, vol. I, tomo II, Rio de Janeiro, 1975, p. 531

<sup>7</sup> TJSP, Código de Processo Civil anotado, RT, São Paulo, vol. 1, 1977, p. 357, n. 5

<sup>8</sup> TJCE, Código de Processo Civil anotado, RT, São Paulo, vol. 1, 1977, p. 357, n. 7

*“Verifica-se, pois, que a exibição é um ônus para o litigante que também se apresenta como detentor do documento. Se ele, portanto, se nega a exibir o escrito pode sofrer prejuízos de ordem processual com reflexos na decisão da causa (retro nº 789). No entanto, à vista do disposto no art. 359 do CPC, deve o juiz, com o seu livre convencimento, tirar as conclusões razoáveis da recusa, ocultação ou destruição do documento ou coisa, para então concluir se as alegações do requerente se harmonizam com as demais provas dos autos.”<sup>6</sup>*

Demais disso e conforme salientado por Celso Agrícola Barbi, comentando sobre a livre iniciativa do juiz, quanto à produção de provas,

*“o princípio dispositivo vem sofrendo sucessivos reexames, com o resultado de estar abrandado o seu rigor, à medida que o processo deixou de ser considerado como instrumento de interesse preponderante das partes, e passou a ser visto, principalmente, como meio de ação do Estado, para atuar as leis que editou.*

*A necessidade de esclarecimento de certos fatos, para propiciar um correto julgamento da causa, fez com que alguns Códigos modernos permitissem ao juiz liberdade de iniciativa na escolha das provas”<sup>6</sup>*

Tanto é assim que a jurisprudência disso não se afasta, não sendo de hoje a orientação nesse sentido:

*“O juiz pode ordenar as diligências que julgar necessárias à instrução da causa. O magistrado que vai decidir é quem deve saber quais as provas necessárias ao seu esclarecimento”<sup>7</sup>*

*“A natureza pública do processo, que constitui sua notável feição atual, na ciência jurídica e no direito positivo, concede ao juiz o poder de determinar, ainda de ofício, as diligências que possam contribuir para mais completa clareza dos fatos e para melhor formação do convencimento”<sup>8</sup>.*

3.- Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

À evidência que era de interesse da emissora a juntada das fitas, inclusive para demonstrar que o noticiário não teria a natureza imputada pelos autores, o que, todavia, não providenciou, disto decorrendo, como é óbvio, prejuízo em seu desfavor, inclusive por nada ter produzido contrariamente aos relatos já mencionados e que foram adversos à defendente, de tudo advindo o acolhimento da ação, nos termos em seguida enunciados!

2.4. Segundo o art. 159 do Código Civil de 1916, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”, estabelecendo nosso anterior ordenamento civil, assim, a

obrigação civil da reparação do dano por aquele que tenha sido o responsável por sua ocorrência e determinando, no art. 1.518, a que tem exata correspondência o art. 942 do atual Código Civil, que, “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente”, com o que são aumentadas as garantias da vítima à percepção do *quantum* a que tiver direito.

Não se afastando da norma do art. 159 e, ao contrário, dando-lhe maior espectro, determina o novo Código, no art. 186, que, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, cumprindo, assim, o princípio inserido no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, assegurando serem “(...) invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Outrossim e completando o art. 186, dispõe o art. 927, ainda do Código de 2002, que, “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”, devendo medir-se a indenização, de acordo com o art. 944, “pela extensão do dano”, impondo, assim, a necessária proporcionalidade entre o ato lesivo e o prejuízo sofrido pela vítima, com a ressalva, de que, “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização (parágrafo único do art. 944).”

Ademais e segundo o art. 927 do Código Civil (159, *supra*), surge o dever indenizatório em consequência do dano causado a alguém por ato ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, caracterizado, assim, o ato ilícito violador do direito subjetivo individual.

Para surgir a responsabilidade indenizatória de alguém preciso é que se tenha caracterizado o dano por ela causado a outrem, que tanto poderá ser patrimonial quanto extrapatrimonial, respeitante o primeiro caso ao aspecto material do desfalque ou a redução sofrida pelo ofendido em seu patrimônio e, na segunda hipótese, à circunstância moral inerente à vítima.

Na feliz síntese de Mário Júlio de Almeida Costa, de que se vale o Prof. Clayton Reis em sua magnífica obra a respeito do assunto, “na perspectiva da responsabilidade civil, cabe dizer-se, liminarmente, que dano ou prejuízo é toda ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica” <sup>9</sup>, distinguindo aquele primeiro autor as duas modalidades de dano, segundo possam ou não ser passíveis de avaliação econômica e situando a distinção nos termos seguintes: “Quer dizer, os primeiros, porque incidem sobre interesses de natureza materiais ou econômicas, refletem-se no patrimônio do lesado, ao contrário dos últimos, que se reportam a valores de ordem espiritual, ideal ou moral” <sup>10</sup> e não deixam, por tal circunstância de merecer a reparação monetária

<sup>9</sup> *Avaliação do dano moral*, 3ª. ed., Ed. Forense, 2000, p. 5

<sup>10</sup> *Idem*

cabível, tanto que a própria Constituição Federal, em mais de uma passagem, ao dano moral se refere (cf. art. 5º, incisos V e X).

Assim, enquanto o *dano patrimonial* concerne ao prejuízo sofrido pela vítima em seu patrimônio material, os *danos morais* pertinem a aspecto ideal, íntimo e pessoal do ofendido, insuscetível de quantificação econômica pré-determinada ou tarifada.

“E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sobre o que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final”, na lição de Wilson Melo da Silva, em sua sempre referida obra *O Dano Moral e sua Reparação*<sup>11</sup>, até porque e segundo anota o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, talvez a opção pelo conceito de *dano* “(...) como *toda ofensa a um bem jurídico* (...)”, levando-se em conta, como escrito pelo mesmo mestre, que nele “(...) se contém toda lesão à integridade física ou moral de relações jurídicas; o direito de propriedade como os direitos de crédito; a própria vida como a honorabilidade e o bom conceito de que alguém desfruta na sociedade”<sup>12</sup>.

Nestes termos, como bem analisado pelo egrégio juízo, as matérias veiculadas nos noticiários da emissora violaram o preceito constitucional do art. 5º, inciso X, ao tratarem de forma inconseqüente e prematura os fatos, imputando-os, inclusive, aos autores, sem que disto houvesse a certeza necessária a tal asserção!

<sup>11</sup> 2ª ed., 1969, Ed. Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, ps 13/14

<sup>12</sup> *Idem*

Portanto, evidenciado o dano moral em função dos sofrimentos sofridos tanto no âmbito profissional quanto no pessoal pelos demandantes, salientando-se, apesar do suposto poder/dever de informar a coletividade sobre assunto de evidente interesse público, não ser admitido sobrepor-se ele ao direito à intimidade e privacidade do cidadão, especialmente no tocante à reportagem sobre fatos supostamente caracterizadores de ilícitos penais e acerca dos quais ainda não se tinha, como visto, uma adequada conclusão sobre a materialidade e autoria.

No caso, apenas havia sido instaurado inquérito policial com vistas à apuração de tais fatos, sendo que o inquisitório veio, logo depois, a ser arquivado por inexistência de qualquer infração penal, a indicar a precipitação com que agiu a demandada, olvidando, inclusive, a advertência que a própria Constituição Federal traz em seu art. 5º, inciso IV, sobre a liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato, assegurando o inciso V o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem e afirmando o inciso X, este e o anterior do mesmo dispositivo, serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, de tudo advindo, como corolário, do nexos causal entre sua atividade e o prejuízo sofrido pelos autores, o dever de indenizá-los.

Não bastasse isso e adotando na mesma Carta, como um de seus fundamentos, no art. 1º, inciso III, a dignidade da



pessoa humana, nada mais fez o legislador constituinte do que reconhecer, com São Tomás de Aquino, a que se reporta Antonio Jeová Santos, que “A pessoa é o que há de mais nobre e de mais perfeito em toda a natureza” <sup>13</sup>, merecendo, assim, o respeito de todos, em qualquer das circunstâncias que lhe sejam inerentes, sendo a honra – inegavelmente -, uma das de mais considerável e óbvio relevo, sendo adequada, a respeito, a referência a Shakespeare, em seu Ricardo II, Ato I: “*Minha honra é minha vida; meu futuro/ de ambas depende. Serei homem morto/se me privarem da honra*”.

Evidente, pelo que se vem expondo, o fato de que a ofensa à honra acaba por atingir a dignidade como atributo do ser humano, “no sentido amplo do termo, enquanto conjunto de atributos do espírito que deve permanecer inalterado, sem a presença de qualquer ato que inquiete o ser do homem”, na lição de Antonio Jeová Santos <sup>14</sup>, sendo plenamente justificado o direito à indenização pelo ofendido e a ser-lhe prestada pelo ofensor.

Aliás, a isso já chegara o próprio Supremo Tribunal Federal, em 1914, antes mesmo, portanto, do próprio CC de 1916, asseverando o julgado, então:

*“A necessidade jurídica de ressarcir essa espécie de ofensas à pessoa singular é geralmente admitida no atual estado do direito”, tanto que “A jurisprudência dos mais abalizados tribunais contemporâneos tem consagrado o direito à indenização por danos puramente morais”, acabando por concluir, no tocante à dificuldade atinente à fixação da*

<sup>13</sup> Dano moral na internet. São Paulo. Metodo. 2001, p. 87

<sup>14</sup> Op. cit., p. 77

*indenização, com o seguinte, que, de certa forma, vai ao encontro do acima referido, quanto ao fundamento da indenização por dano moral: “O juiz tem um poder discricionário para determinar a indenização que deve ser, sempre, atendendo-se às considerações individuais, uma justa compensação do prejuízo sofrido, e não uma fonte de enriquecimento”<sup>15</sup>.*

E no tocante à discricionariedade que o magistrado tem para estipular o *quantum* indenizatório, tem-se que a sentença, no caso adotou o adequado valor de R\$ 300.000,00, para cada um dos autores, não mais se limitando ao constante na Lei de Imprensa, como preceitua a Súmula 281 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, de todos que militam na área jurídica já conhecida: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Outrossim, adequadamente estabelecido o *quantum* indenizatório, segundo a ofensa e sofrimento das vítimas e a capacidade da ofensora, caracterizando a “*Satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa*”<sup>16</sup>.

Ademais, deve-se também levar em conta, no presente caso e como parâmetro a tanto adequado, o valor fixado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, na condenação da Fazenda Pública, relativamente aos mesmos fatos, em favor de cada um dos demandantes, como se verifica abaixo:

<sup>15</sup> Revista dos Tribunais, Ano III, São Paulo, vol. XI, nº 1, os. 35 e seguintes, nº 1723

<sup>16</sup> Ap. 142.932-1-3, Rel. Des. Urbano Ruiz, ac. 21-5-1991, in RT 675/100

Recurso especial. Responsabilidade civil do estado. Dano moral. Ato praticado por delegado de polícia. Divulgação temerária da prática de abuso sexual contra alunos da escola de base. Notícia posteriormente desmentida. Aumento do valor fixado pela corte de origem. Possibilidade de revisão por este superior tribunal de justiça.

Restaram regularmente analisadas as matérias discutidas no recurso especial, razão pela qual não há violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

Não se aplica, na hipótese, a Lei de Imprensa, visto que, "o que levou os litigantes ao absurdo de serem repudiados e quase linchados pela população, perdendo não só a honra, mas o estabelecimento de ensino e o sossego de viver honesta e tranqüilamente, não foi a veiculação jornalística provocada pela imprensa, e sim a irresponsável conduta do agente estatal" (voto proferido pela Ministra Eliana Calmon).

"Comprovada a responsabilidade subjetiva do agente público, impõe-se-lhe o dever de ressarcir o erário do valor preciso e certo do desfalque provocado, sem que se possa para tal limitá-lo às condições econômicas do obrigado" (voto proferido pela Ministra Eliana Calmon).

"Na oportunidade em que se fizer a liquidação por artigos, novos honorários serão devidos e, assim, à vista de um quantitativo certo e determinado, será de todo pertinente a fixação dos honorários, nos termos do dispositivo aqui invocado pelos autores (art. 20, § 3º)"

(voto proferido pela Ministra Eliana Calmon).

Já decidiu este Superior Tribunal de Justiça que "o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, observando as circunstâncias do caso, aplicáveis a respeito os critérios da Lei n. 5.250/67" (REsp n. 295.175/RJ, rel.

Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 2.4.2001). Veja-se, também o REsp n. 439.465/MS, rel. Min. Paulo Medina, julgado em 15.10.2002.

A quantia proposta pelo douto colegiado a quo não é idônea a trazer qualquer alegria aos autores capaz de fazê-los superar o evento lastimável, que não apenas abalou, mas destruiu sua reputação e seu equilíbrio emocional.

Não há, desde que guardada a proporcionalidade e razoabilidade da indenização, possibilidade de enriquecimento ilícito da vítima em detrimento do autor do dano, quer pela própria dificuldade de mensuração do prejuízo quer pela evidente necessidade de impedir que a indenização arbitrada seja tão leve que incentive o réu a continuar causando danos morais contra outras vítimas, ou que a sociedade comece a ver com naturalidade tais comportamentos e passe a agir da mesma forma.

O fato de, eventualmente, o servidor causador do dano não ter condições de arcar com o valor integral da indenização pouco importa para a solução da presente controvérsia, visto que, em casos nos quais se faz presente a responsabilidade civil do Estado, a indenização deverá ser calculada com base na sua capacidade e não na do agente público causador do dano.

Recurso especial do Estado de São Paulo provido, em parte, para condenar o litisdenunciado a ressarcir os cofres públicos por inteiro.

Recurso especial dos autores provido para aumentar a indenização a título de danos morais para R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), para cada um dos recorrentes. (grifou-se).

(REsp 351779 / SP – Rel. Min. Eliana Calmon – 2ª Turma – j. 19/11/2002 - DJ 09.02.2004 p. 151).



Descabido, assim, quanto à preliminar e no tocante à matéria de fundo, o provimento ao recurso da ré, que apenas prospera, como se verá adiante, no tocante.

2.4.- O recurso adesivo dos autores comporta provimento, contudo.

Quanto aos juros, correta sua incidência a partir do evento danoso, no caso, o dia 28 de março de 1994.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema, ao editar a súmula nº 54 cujo enunciado é o seguinte: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

Assim, os juros devem ser computados desde a data do evento, à taxa de 0,5% até o início de vigência do Código Civil de 2002 e 12% a partir de então.

Em relação à correção monetária, acertado o entendimento da sentença, ao fixar sua incidência a partir da sua publicação, conforme, aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

REsp 684643 / MA; RECURSO ESPECIAL 2004/0120899-5

Relator - Ministro JORGE SCARTEZZINI

T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento - 16/08/2005

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL.  
ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC.

INOCORRÊNCIA. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUES. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. DANO MORAL. REDUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS.

1. Tendo o Tribunal de origem examinado fundamentadamente a questão referente à fixação do quantum indenizatório, não há falar na ocorrência de omissão e, pois, de ofensa ao art. 535, II, do CPC.

2. Dissídio jurisprudencial comprovado nos termos dos artigos 541, § único, do CPC, e 255, e parágrafos, do Regimento Interno desta Corte.

3. Constatado evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, do montante indenizatório do dano moral, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a revisão, nesta Corte, de aludida quantificação.

4. Consideradas as peculiaridades do caso em questão - vale dizer: o valor dos cheques devolvidos indevidamente (R\$ 2.814,67); o fato de o Banco ter reconhecido a falha administrativa de seus serviços, demorando, entretanto, 11 (onze) dias para regularizar a conta corrente do autor; a suposta inscrição do nome do autor em cadastro restritivo de crédito não restou devidamente comprovado nas instâncias ordinárias - o valor fixado pelo Tribunal a quo (R\$ 28.140,00) a título de danos morais mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso. Destarte, para assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrerem enriquecimento indevido, reduzo o valor indenizatório, fixando-o em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais).

5. Tratando-se, in casu, de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidem a partir da citação, conforme precedentes desta Corte.



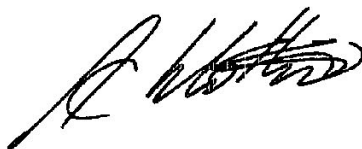
6. Esta Corte consolidou o entendimento segundo o qual, nas indenizações por dano moral, o termo *a quo* para a incidência da correção monetária é a data em que foi arbitrado o valor. Precedentes. (sublinhou-se)

7. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

Por fim, o recurso da empresa-ré comporta parcial provimento, em relação à verba honorária.

Em se tratando de decisão condenatória, a regra a ser seguida deve ser aquela do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, motivo pelo qual ficam estipulados os honorários a seu encargo em 15% do valor da condenação.

3.- Ante o exposto, dá-se parcial provimento aos recursos.



*A. B. Mathias Coltro*

*Relator*



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Apelação Cível nº 463.820-4/4-00**

**Comarca : SÃO PAULO**

**Apelante: TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A E OUTRO**

**Apelado : ICUSHIRO SHIMADA E OUTRO**

**VOTO 13357**

**VOTO DO VENCEDOR DO DES. SILVÉRIO RIBEIRO**

Analizando os autos de forma isenta, como, aliás, deve ser feito pelo juiz, verifica-se a triste situação que ocasionou consequências profundas, sobretudo morais, para os autores, proprietários da tristemente lembrada Escola-Base, estabelecimento de educação infantil hoje inexistente

O evento resultou de prática irresponsável de um Delegado de Polícia que agiu de forma afoita, dando entrevista à imprensa (TV GLOBO), sem que tivesse havido hábil investigação, tanto que o inquérito policial foi terminado por outro Delegado, resultando no seu arquivamento, por falta de comprovação dos fatos

O Estado de São Paulo foi condenado por danos morais e materiais no valor de cem mil reais para cada demandante e o Delegado Edécio Lemos em dez mil reais (fl 165)

No Colendo Superior Tribunal de Justiça a indenização a cargo do Estado resultou em R\$ 250 000,00 para cada um dos três demandantes (fl 204/5)

— —





**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Portanto, com o valor arbitrado por aquela Corte, com juros a partir do evento danoso, não se afigura, em princípio, razoável e justo o *quantum* encontrado na sentença (R\$ 300 000,00), tomando-se por base, acima de tudo, que foi o Delegado quem desencadeou a ira da população contra os donos da Escola, vindo a ser destruído o prédio, com profundos danos morais acarretados aos mesmos

Consta do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que a ação de indenização se deu porque em 29 de março de 1994 o delegado que conduzia as investigações deu entrevista à Rede Globo de Televisão afirmando "com todas as letras" que houvera violência sexual contra os estudantes da Escola (fl. 204).

Para Eliana Calmon, a segurança transmitida pelo delegado, ao narrar com suas próprias palavras o que apurava, deu à imprensa o respaldo necessário à divulgação. Somente no dia seguinte os demais jornais divulgaram o fato, baseado nas palavras do delegado, que afirmou estar provada a materialidade do crime de violência sexual, faltando apurar apenas a autoria, muito embora tivesse dito que pedira a prisão preventiva dos autores, nos termos da prova documental (ainda fl. 204)

A questão atinente à Globo desfila elementos rodeados de peculiaridades

Não há o inteiro teor da petição inicial em que redundou a condenação vista no acórdão de fl. 129/140 (no caso, o recurso foi tão-só da TV Globo)



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O noticiário de fl 142/144 oferece detalhes referentes aos fatos, desde a Folha de São Paulo, que estampou manchete ("Perua escolar carregava crianças para orgia"), Notícias Populares, com os dizeres "Kombi era motel na escolinha do sexo", até a revista VEJA com o título "Escola de horrores" (ainda fl 190)

Particularmente, com relação à Globo, teria indagado a repórter uma criança que brincava com o microfone, "a tia passou a mãe em você?"

Não consta, como antes assinalado, cópia os termos da inicial do processo contra a TV Globo, havendo menção no acórdão a fatos detalhados, "com especificação correspondente da conduta atribuída à ré (fl 4/15), contendo a inicial, na linha de adequar-se ao princípio da substanciação, como deixou expresso a r sentença apelada (fls. 498), "os fundamentos de fato e de direito do pedido dos autores", de forma suficiente para se curvar às exigências do art 282 do Código de Processo Civil, dentre elas, a de expor a causa de pedir, *rectius*, "o fato ou o conjunto dos fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor" (fl 133).

Em que pese a extensão da dor, do sofrimento e das razões dos promoventes da presente ação, não se enxerga, do teor da petição inicial, onde se encontra o fato reprovável, abusivo, antiético e sensacionalista da TVSBT Canal 4 de São Paulo

Em suma, não existe descrição pormenorizada dos fatos, faltando, assim, descrição da causa remota de pedir

\_\_\_\_\_  
Apelação Cível nº 463 820-4/4-00, São Paulo, voto nº 13357

3



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Desfila a vestibular o drama relativo à Escola Base, a conduta do Delegado de Polícia, a sua substituição, o arquivamento do inquérito e a condenação do Estado nos danos morais e materiais (fl. 3/5)

Dizem os autores voltarem-se contra os órgãos de imprensa e entre eles a ré, que, sem dúvida, foi uma das divulgadoras daquelas notícias que acabaram por provocar um verdadeiro linchamento moral de pessoas honestas e que por muito pouco não foram vítimas de um linchamento físico, insista-se, graças às distorcidas notícias divulgadas, principalmente por seus jornais e noticiários matutinos, vespertinos e noturnos, de grande audiência (fl. 5)

Em seguida, tecem os autores comentários sobre a culpa da imprensa, em que a FOLHA DE SÃO PAULO, realizou seminário para discussão do assunto (até gerou a edição do livro "CASO ESCOLA BASE – OS ABUSOS DA IMPRENSA", do jornalista Alex Ribeiro, fl. 141), tendo ainda sido feitas críticas sobre o comportamento da mídia, culminando com a conclusão de que estão a fazer jus ao recebimento de uma indenização a título de danos morais pelos sofrimentos impingidos pela ré que por ser uma emissora de televisão, não tomou nenhuma cautela (fl. 11, *in fine*)

Insistem, finalmente, que a condenação da ré, uma das principais divulgadoras das mendazes notícias sobre o abuso sexual de crianças, ao pagamento de indenização por danos morais, diante de tudo o que já foi dito nestes quase nove anos de martírio que passou a ser a vida dos



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

autores, é matéria incontroversa sem qualquer contestação, só restando apurar o *quantum* devido a cada um deles (fl. 12)

Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, segundo Calmon de Passos, nada mais significam do que a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda e a categorização jurídica desse mesmo acontecimento (Comentários ao Código de Processo Civil, vol 3, nº 81, ed Forense)

Impõe a teoria da substanciação que na fundamentação do pedido se compreendam a causa próxima e a causa remota (*fundamentum actionis remotum*), a qual consiste no fato gerador do direito pretendido. Não basta dizer "que é credor", mas é preciso dizer também porque é credor; por exemplo "a título de mútuo", não basta dizer "que é senhor", mas também que o é: "conforme escritura de compra devidamente transcrita" (Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de Direito Processual Civil, vol 2, nº 401, ed Saraiva)

Não basta aduzir que a imprensa é despreparada (fl. 162/4), sensacionalista, que Sílvio Santos tira "sarro" (daí ser irresponsável, fl. 148 e 173), nem ainda que provoca sequelas (fl. 156), que lhe sobrou uma grande lição (Escola Base, fl. 159) e que tem limites (fl. 168)

No entanto, por mais que se lamente, a inicial não descreveu os fatos como deveriam fazê-lo os autores, não bastando a assertiva de que são públicos e notórios

— —



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O drama da Escola Base, conquanto conhecido nacionalmente, gerou responsabilidade para o Estado de São Paulo, em razão de culpa de um seu agente, despreparado para o cargo de Delegado de Polícia

Não houve, porém, descrição da culpa com que teria agido a TVSBT, que, com segurança pode-se dizer, noticiou os fatos, não se sabendo, todavia, se ultrapassou os limites de notícia, de mera referência aos termos daquilo dito pelo porta-voz estatal, o Delegado diretor da investigação que mal tinha começado

Não se trata de aceitar o que foi descrito na peça propedêutica dentro dos princípios que vêm do direito romano *da mihi factum dabo tibi ius* e *jura novit cuncta*

É claro que a liberdade de imprensa encontra limites, merecendo punição pelos exageros ou abusos cometidos, não ultrapassando a zona de permissibilidade que induza transgressão à intimidade e direitos de personalidade

A Constituição Federal diz que é assegurado a todos o acesso à informação (art. 5º, XIV), sendo "livre o exercício de trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (art. XIII).

O dano moral a ser reconstituído ou reposto deve ser o efetivamente causado à vítima pelo ofensor

No caso focado, em que proporção, pergunta-se, a TVSBT aumentou o sofrimento dos autores e quais foram as acusações ou reportagens em que houve exagero ou abuso?

*Apelação Cível nº 463 820-4/4-00, São Paulo, voto nº 13357*

6

— — —



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Os danos (não os fatos que são de conhecimento público Escola-Base, depredação do prédio, entrevista do Delegado) deviam ser especificados e no caso presente não o foram, especialmente no tocante à ação da TVSBT (nos outros casos há clara menção dos fatos, mormente no que se refere ao jornal Folha de São Paulo e revista VEJA, em que há descrição de idéias e fatos)

Em suma, não apontaram os autores os programas ou a época aproximada das transmissões, não bastando que testemunhas dessem depoimentos, não tendo havido, ademais, qualquer gestão para resguardo oportuno das fitas dos sinalados programas

O agravo julgado, confirmando a apresentação da fita pela TVSBT, não exime, todavia, que a prova devesse ser ofertada pelos autores, sobretudo quando não mais havia obrigatoriedade de sua manutenção e guarda na emissora

Por final, embora considerando inepta a inicial, concordei com a conclusão do eminente revisor, pelo julgamento da improcedência da ação

  
**SILVÉRIO RIBEIRO**  
 3º Juiz

**ANEXO 2**

Embargos Infringentes 463.820-4/6-01



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

15

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA  
REGISTRADO(A) SOB Nº




\*02056802\*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EMBARGOS INFRINGENTES nº 463.820-4/6-01, da Comarca de SÃO PAULO, em que são embargantes ICUSHIRO SHIMADA (E OUTROS) sendo embargada TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S.A.:

**ACORDAM**, em Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, CONHECERAM DOS EMBARGOS E OS ACOLHERAM, VENCIDOS OS 4º E 5º JUÍZES, DES. DIMAS CARNEIRO E SILVÉRIO RIBEIRO, RESPECTIVAMENTE, QUE OS REJEITAVAM E DECLARARÃO VOTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCARLINO MOELLER, A. C. MATHIAS COLTRO, DIMAS CARNEIRO e SILVÉRIO RIBEIRO.

São Paulo, 08 de outubro de 2008.

  
**OLDEMAR AZEVEDO**  
Presidente e Relator





**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**VOTO Nº 13054**  
**EMBARGOS INFRINGENTES Nº 463.820.4/6-01**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**EMBARGANTE: ICUSHIRO SHIMADA E OUTROS**  
**EMBARGADA: TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S.A**

**EMENTA:** Embargos infringentes – Ação indenizatória – Dano moral – Cabimento – Prova testemunhal restou suficiente para demonstrar a ocorrência dos fatos alegados na petição inicial – Constituição Federal assegura o direito fundamental à liberdade de expressão – Liberdade que não é absoluta, como não o é qualquer outro direito – Exercício abusivo e irresponsável do direito, se causar danos, enseja o dever de indenizar – Prejuízo à imagem dos embargantes decorreu da forma desabonadora como os fatos a eles atribuídos foram noticiados pela empresa embargada – Acolhido na íntegra o voto vencido – Embargos Infringentes conhecidos e acolhidos.

Mediante acórdão da Quinta Câmara de Direito Privado, afastada a preliminar, foi dado provimento ao apelo da requerida para julgar improcedente a ação e negado provimento ao apelo dos requerentes.

Agora estes interpuseram embargos infringentes apoiados no voto proferido pelo MM. Desembargador A. C. Mathias Coltro, o qual divergiu do douto Relator Designado para dar parcial provimento aos recursos apenas no tocante aos juros e à verba honorária.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido.

**É o relatório.**

A despeito da ausência de juntada nestes autos das cópias dos programas televisivos veiculados pela empresa embargada, a prova testemunhal colhida restou suficiente para demonstrar que esta mostrou diariamente reportagens de conteúdo inverídico e sensacionalista sobre fatos supostamente criminosos imputados aos embargantes e posteriormente desmentidos o que lhes causou sérios danos à honra e imagem (fls. 289/294).

A prova testemunhal restou hábil a demonstrar o alegado, não há razões para desconsiderá-la e manter a improcedência da ação.

O argumento de que os testemunhos não passariam de mero juízo de valor deve ser afastado, pois descreveram adequadamente os eventos que fundamentam a presente ação e sequer foram objeto de contradita.



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não há dúvida pois, acerca dos fatos constitutivos do direito dos embargantes, que neles baseiam a pretensão reparatória, razão pela qual se impõe, por consequência, a análise dos pressupostos de direito do alegado dever de indenizar.

De fato a Constituição assegura o direito fundamental à liberdade de expressão, contudo a mencionada liberdade não é absoluta, como não o é qualquer outro direito.

O exercício abusivo e irresponsável do direito, se causar danos, enseja o dever de indenização.

Antonio Jeová dos Santos, sobre este tema, preleciona:

*"...O direito à liberdade de pensamento goza de primazia desde que o pensamento exteriorizado seja verdadeiro, isento de influências, apresentado em linguagem correta e com moderação e que evite qualquer atitude que possa revelar ensaio sensacionalista. Ainda que ingressê na órbita privada de alguém, se os meios de comunicação mantêm essas pautas, não existe agressão à dignidade humana. Daí, excluir a denominada imprensa marrom e os programas televisivos que têm como ponto central o constrangimento a*



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

*que submetem as pessoas...*" (Dano Moral Indenizável, 4ª ed , Editora RT, p. 308).

"In casu", a liberdade de manifestação do pensamento transbordou os limites nos quais poderia ser exercida porque é o que se verifica da prova testemunhal.

O artigo 927 do Código Civil em seu parágrafo único dispõe:

*"...Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem...."*

A atividade jornalística, ao repassar informações aos cidadãos, traz consigo como modo inerente próprio, a criação de um risco, consubstanciado na possibilidade de causar danos a outrem.

Diante disso, quando causar prejuízo, a empresa que veiculou a informação por ele responde, objetivamente, decorrente do risco desenvolvido.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Incontestável a existência do dano moral, pois o prejuízo à imagem dos embargantes decorreu da forma desabonadora como os fatos a eles atribuídos foram noticiados pela empresa embargada.

O autor Sérgio Cavaliéri Filho, na obra "Programa de Responsabilidade Civil", 2ª edição, Malheiros, 2000, página 79/80 salienta:

*"... por se tratar de algo imaterial ou ideia, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.*

*Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção*



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

*hominis ou facti, que decorre das regras de experiência comum...".*

Em hipótese de lesão, cabe ao agente suportar as conseqüências do seu agir, desestimulando-se, com a atribuição de indenização, atos ilícitos tendentes a afetar os aspectos da personalidade humana.

Diante destas circunstâncias a condenação da empresa embargada no pagamento de indenização por dano moral é de rigor, pois adequado ao sofrimento, ao dissabor e ao desprestígio experimentado pelos embargantes e suficiente a dissuadir a ocorrência de episódio semelhante.

No caso em exame, pouco importa o valor indenizatório a ser pleiteado, porque a conseqüência ulterior foi nefasta, incorrendo uma volta ou reconstituição do estado anterior.

**O momento da incidência dos juros deve ser a partir da data do evento danoso e nos termos determinados no voto vencido (Súmulas 43 e 54 do Superior Tribunal de Justiça).**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Neste sentido:

*"... JUROS DE MORA - Termo a quo - Evento danoso - Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça - Recurso provido. (Apelação Cível n. 116.874-5 - São Paulo - 1ª Câmara de Direito Público - Relator: Roberto Bedaque - 03.09.02 - V.U.)..."*

A manutenção dos honorários advocatícios arbitrados no voto vencido, também, é de rigor.

Posto isto, conhece-se e acolhe-se os embargos infringentes

Desembargador **OLDEMAR AZEVEDO**  
**RELATOR**

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**EMBARGOS INFRINGENTES Nº 463.820.4/6-01**  
**5ª Câmara de Direito Privado**

**VOTO Nº 6523****COMARCA DE SÃO PAULO**

**EMBARGANTE:** ICUSHIRO SHIMADA (E OUTROS) E OUTRO  
**EMBARGADO:** TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S.A. E OUTRO

**DECLARAÇÃO DE VOTO**

Vistos.

Em atenção à sustentação oral efetuada pelas partes, aos fundamentos do voto que prevaleceu no acórdão da apelação acrescido que, mesmo após ter esta Corte proclamado a regularidade da r. decisão que determinou à ré apresentar o material de gravação da reportagem (Agr. Inst. nº 416.341.4/9-00), verifica-se que a apresentação do referido material não foi possível porque a ré já o havia destruído, uma vez que não foi notificada para preservá-lo além do prazo básico estabelecido pela lei.

Dispõe o art. 58, §§ 1º e 3º da Lei nº 5.250/67:

**"Art. 58. As empresas permissionárias ou concessionárias de serviços de radiodifusão deverão conservar em seus arquivos, pelo prazo de 60 dias, e devidamente autenticados, os textos dos seus programas, inclusive noticiosos.**

Embargos Infringentes nº 463.820.4/6-01 /voto nº 6523



**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**EMBARGOS INFRINGENTES Nº 463.820.4/6-01**  
**5ª Câmara de Direito Privado**

**§ 1º Os programas de debates, entrevistas ou outros que não correspondam a textos previamente escritos, deverão ser gravados e conservados pelo prazo, a contar da data da transmissão, de 20 dias, no caso de permissionária ou concessionária de emissora de até 1 kw, e de 30 dias, nos demais casos.**

(...)

**§ 3º Dentro dos prazos referidos neste artigo, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá notificar a permissionária ou concessionária, judicial ou extrajudicialmente, para não destruir os textos ou gravações do programa que especificar. Neste caso, sua destruição dependerá de prévia autorização do juiz da ação que vier a ser proposta, ou, caso esta não seja proposta nos prazos de decadência estabelecidos na lei, pelo juiz criminal a que a permissionária ou concessionária pedir autorização."**

Dessa forma não se pode atribuir à ré culpa pela não apresentação do material jornalístico, pois não estava obrigada a preservá-lo devido à não promoção da notificação que competia ao autor.

Em face do exposto mantenho o meu voto proferido no apelo, pelos seus próprios fundamentos somados aos aqui expressados, respeitado o posicionamento do douto Relator destes Embargos

Embargos Infringentes nº 463.820.4/6-01 / voto nº 6528

2

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**EMBARGOS INFRINGENTES Nº 463.820.4/6-01**  
**5ª Câmara de Direito Privado**

Infringentes e dos demais eminentes Julgadores que o  
acompanham.

Assinatura manuscrita de Dimas Carneiro, com uma assinatura fluida e estilizada.

**DIMAS CARNEIRO**  
**4º Juiz**



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Embargos Infringentes nº 463.820-4/6-01**

**Comarca : São Paulo – Família**

**Embargante: Icushiro Shimada (e outros)(A.J) (e outro)**

**Embargado : TVSBT Canal 4 de São Paulo S A (e outro)**

**VOTO 15538**

**VOTO VENCIDO DO DES. SILVÉRIO RIBEIRO**

A inicial descreve todo o desenvolvimento referente ao triste episódio da chamada ESCOLA-BASE, aduzindo que órgãos de imprensa noticiaram o ocorrido, após entrevista do Delegado que primeiro presidiu o inquérito policial, daí vindo emissoras de televisão e diversos órgãos a noticiarem, "não medindo esforços para vender seus exemplares ou seus espaços em rádio e televisão, sem qualquer cautela deu asas à imaginação sem perquirir da veracidade dos fatos" (fl.4).

Dizem, mais, os autores, a fl. 5:

"Agora, voltam-se os autores contra os órgãos de imprensa e entre eles a ré, que, sem sombra de dúvida, foi uma das divulgadoras daquelas notícias que acabaram por provocar um verdadeiro LINCHAMENTO MORAL de pessoas honestas e que por muito pouco não foram vítimas de um linchamento físico, insista-se, graças às distorcidas notícias divulgadas, principalmente por seus jornais e noticiários matutinos, vespertinos e noturnos, de grande audiência".



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A ação foi proposta contra a emissora de televisão TVSBT  
CANAL 4 DE SÃO PAULO.

Aduzem em seguida (fl. 6):

"Abuso sexual de menores" sempre foi e será um prato cheio para manchete de qualquer noticiário jornalístico, e a ré, como uma das emissoras deste país, certamente, não iria deixar de aproveitar a oportunidade sem medir as consequências da precipitada divulgação, em seus noticiários, sob pena de perder a oportunidade, esquecendo-se, porém, de que alguns destes noticiários acabaram por provocar o arrasamento moral das pessoas dos autores."

Prosseguem os autores, a fl. 10:

"Deste modo, insistem os postulantes na necessidade de exemplar reparação dos culpados pelo verdadeiro LINCHAMENTO MORAL a que foram submetidos e dentre estes, sem sombra de dúvida, se sobressai a ré, uma das grandes emissoras de televisão deste país, que se tornou uma das principais divulgadoras do funesto e triste episódio".

Assim, a demandada, sem sombra de dúvida, como está posto, foi uma das divulgadoras do funesto e triste episódio.

Mais à frente foi dito (fl. 11 e 12):

"Indiscutível, portanto, que os autores estão a fazer jus ao recebimento de uma indenização a título de danos morais pelos sofrimentos impingidos pela ré que por ser uma emissora de televisão, não tomou nenhuma cautela.

*Embargos Infringentes nº 463 820-4/6-01, São Paulo, voto nº 15538*

2



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A condenação da ré, uma das principais divulgadoras das mendazes notícias sobre o abuso sexual de crianças, ao pagamento de indenização por danos morais, diante de tudo o que já foi dito nestes quase nove anos de martírio que passou a ser a vida dos autores, é matéria incontroversa sem qualquer contestação, só restando se apurar o *quantum* que será devido a cada um deles”.

Quando, mesmo aproximadamente, teriam ocorrido os fatos?

Em que horário ou programa tal aconteceu?

Não há a descrição dos fatos, como exige o art. 282, III, do Código de Processo Civil, o que não poderia ser, ademais, suprido por prova testemunhal.

Ações acolhidas foram baseadas em reportagens publicadas em revistas ou jornais, com indicação precisa de trechos ou dizeres relativos à Escola.

Não se enxerga descrição necessária dos fatos, tal como é exigido para a denúncia ou para uma queixa-crime, de igual forma que numa petição inicial.

Como assinalado no anterior voto vencido, a fl. 411:

“Impõe a teoria da substanciação que na fundamentação do pedido se compreendam a causa próxima e a causa remota (*fundamentum actionis remotum*), a qual consiste no fato gerador do direito pretendido. Não basta dizer “que é credor”, mas é preciso dizer também porque é credor; por exemplo: “a título de mútuo”; não basta dizer “que é senhor”, mas também que o é: “conforme escritura de

— — —  
Embargos Infringentes nº 463.820-4/6-01, São Paulo, voto nº 15538

3



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

compra devidamente transcrita" (Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de Direito Processual Civil, vol. 2, nº 401, ed. Saraiva).

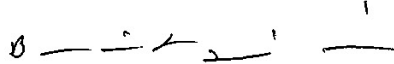
Tornou-se muito conhecido o caso da Escola-Base, bem como a sua destruição e a situação a que ficaram reduzidos seus diretores.

Mas, não restou conhecido que a TVSBT tivesse noticiado os fatos e muito menos houvesse causado danos às pessoas dos autores.

Enfim, não houve menção ao nome dos programas, da ocasião em que existiu o noticiamento e muito menos do período em que tivesse o fato sido levado ao ar.

Dai a persistência no anterior entendimento, conforme exposto a fl. 207/213.

Por tais razões, não acolhi os embargos infringentes.

  
**SILVÉRIO RIBEIRO**  
5º Juiz